



Abteilung II
B-3515/2020

Urteil vom 2. Dezember 2020

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Christian Winiger, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Corine Knupp.

Parteien

X. _____ AG in Liquidation,
vertreten durch Y. _____ und Z. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aussetzung der Einzelausfuhrgesuche
Nr. _____ [1], Nr. _____ [2], Nr. _____ [3]
(Güterkontrollgesetz).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die X. _____ AG in Liquidation ([...]; nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) am 28. Januar 2020 ein Einzelausfuhrgesuch (Geschäft Nr. _____ [1]) für die Ausfuhr von 30 Chiffriermodulen (...) im Gesamtwert von Fr. (...) an A. _____ in B. _____ stellte;

dass sie am 6. Februar 2020 ein weiteres Einzelausfuhrgesuch (Geschäft Nr. _____ [2]) stellte und zwar für die Ausfuhr von drei (...) und drei (...) im Gesamtwert von Fr. (...) an A. _____ in B. _____;

dass die Beschwerdeführerin mit Fusionsvertrag vom (...) und Bilanz per (...) die Aktiven und Passiven der C. _____ AG übernommen hat ([...]);

dass der Bundesrat am 19. Juni 2020 beschloss, diese zwei Einzelausfuhrgesuche "bis zum Abschluss der Untersuchungen durch die Bundesanwaltschaft" auszusetzen, und die Vorinstanz anwies, die Beschwerdeführerin entsprechend zu informieren;

dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin hierüber mit E-Mail vom 19. Juni 2020 sowie mit Mitteilungen im elektronischen Bewilligungssystem Elic (e-licensing) vom 19. bzw. 23. Juni 2020 in Kenntnis setzte;

dass die Beschwerdeführerin am 23. Juni 2020 bei der Vorinstanz ein weiteres Einzelausfuhrgesuch (Geschäft Nr. _____ [3]) stellte und zwar für die Ausfuhr von (...) im Gesamtwert von Fr. (...) an A. _____ in B. _____;

dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 29. Juni 2020 die Voraussetzungen für eine Sistierung bestritt und die Vorinstanz schriftlich darum ersuchte, das Einzelausfuhrgesuch _____ [3] "möglichst bald" zu bewilligen;

dass die Vorinstanz am 3. Juli 2020 unter Bezugnahme auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. Juni 2020 eine Verfügung erliess, wonach die Einzelausfuhrgesuche Nr. _____ [1] vom 28. Januar 2020, Nr. _____ [2] vom 6. Februar 2020 und Nr. _____ [3] vom 23. Juni 2020 der Beschwerdeführerin ausgesetzt werden;

dass die Beschwerdeführerin am 15. Juli 2020 gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob und die Rechtsbegehren

stellt, die Verfügung vom 3. Juli 2020 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die drei Einzelausfuhrgesuche zu genehmigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz;

dass die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die Verletzung der Begründungspflicht, eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts, einen Verstoss gegen das Willkürverbot sowie die Missachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips rügt;

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 2. September 2020 beantragt, die Beschwerde abzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin;

dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. September 2020 ersucht wurde den Beschluss des Bundesrates vom 19. Juni 2020 zu Handen der Akten nachzureichen und dieser nach erfolgter Deklassifizierung mit Vernehmlassung vom 25. September 2020 beim Bundesverwaltungsgericht einging;

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. September 2020 unaufgefordert zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 2. September 2020 Stellung nahm;

dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. September 2020 zudem die Gelegenheit gegeben wurde, sich insbesondere zur Eintretensfrage zu äussern;

und erwägt,

dass das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition prüft, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1, m.H.);

dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) beurteilt, sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt;

dass nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG eine solche Ausnahme namentlich vorliegt bei Beschwerden gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt;

dass diese Ausnahmen restriktiv auszulegen sind (BGE 137 I 371 E. 1.2);

dass mit Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG und dem gleichlautenden Art. 83 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) eigentliche Regierungsakte ("actes de gouvernement") von der Beschwerde ausgenommen werden sollen, weil es sich dabei weitgehend um Ermessensentscheide handelt, für welche die Verantwortung allein bei der Regierung liegen muss und die nicht oder kaum justiziabel sind (Urteil des BVGer B-6019/2018 vom 25. Juni 2019 E. 2.4; HÄBERLI: in Niggli/Übersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 83 N 20);

dass es sich um einen Entscheid handeln muss, der überwiegend auf politischen Erwägungen beruht (vgl. für den gleich lautenden Art. 83 Bst. a BGG: Botschaft vom 15. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; BBl 2018 4605, 4640 m.H.]; vgl. auch BVGE 2013/33 E. 1.2 und Urteil des BVGer A-8284/2010 vom 21. Juni 2011 E. 1.2);

dass Ausfuhrbeschränkungen nach dem Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG, SR 946.202) gemäss Lehre in der Regel anfechtbar sind, nicht aber dann, wenn qualifiziert politische Interessen auf dem Spiel stehen (vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 83 N 14; HÄBERLI, a.a.O., Art. 83 N 28) oder es sich um Entscheide mit erheblicher aussen- oder sicherheitspolitischer Tragweite handelt (MATTHIAS OESCH, Aussenwirtschaftsrecht: Grundlagen, S. 1261-1303, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rn. 30.69);

dass bei Gütern, die in den Anwendungsbereich der Güterkontrollgesetzgebung fallen, das SECO Einzelausfuhrgesuche bewilligt, wenn kein Hinweis auf einen Verweigerungsgrund nach Art. 6 GKG vorliegt (Art. 27 Abs. 1 der Verordnung vom 3. Juni 2016 über die Kontrolle zivil und militä-

risch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter [Güterkontrollverordnung, GKV, SR 946.202.1]), bzw. diese ablehnt, wenn ein solcher vorliegt (Art. 27 Abs. 2 GKV); in den übrigen Fällen das SECO im Einvernehmen mit den zuständigen Stellen des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA), des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) und des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) sowie nach Anhörung des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) entscheidet; falls dabei keine Einigung zustande kommt, der Bundesrat auf Antrag des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung entscheidet (WBF; Art. 27 Abs. 3 GKV);

dass vorliegend die interdepartementale Exportkontrollgruppe (EKG) übereinkam, die hängigen Einzelausfuhrgesuche Nr. _____ [1] und _____ [2] aufgrund der politischen Tragweite in Anwendung von Art. 47 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) dem Bundesrat zum Entscheid vorzulegen, da nur dieser Kenntnis aller Aspekte zum Fall Crypto habe (vgl. Vernehmlassung vom 2. September 2020, S. 3);

dass der Bundesrat am 19. Juni 2020 beschloss die beiden hängigen Einzelausfuhrgesuche Nr. _____ [1] und _____ [2] bis zum Abschluss der Untersuchung der Bundesanwaltschaft auszusetzen und die Vorinstanz zur Begründung der angefochtenen Verfügung ausschliesslich auf diesen Bundesratsbeschluss vom 19. Juni 2020 verweist;

dass es als gerichtsnotorisch betrachtet werden kann, dass die Crypto-Affäre grosse mediale und politische Aufmerksamkeit erfahren hat; der Fall, die damit zusammenhängende Strafuntersuchung der Bundesanwaltschaft sowie damit möglicherweise in Verbindung stehende Verwaltungsverfahren von politischem Interesse sind und aussen- und sicherheitspolitisch eine gewisse Tragweite haben;

dass daher davon auszugehen ist, dass der vorliegende Sistierungsentscheid betreffend die Einzelausfuhrgesuche Nr. _____ [1] und _____ [2] überwiegend auf politischen Erwägungen beruht;

dass damit die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Bst. a 1. Satz VGG unzulässig ist, jedoch zu prüfen bleibt, ob das Völkerrecht und insbesondere Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum

Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung einräumt;

dass das Konventionsrecht in Art. 6 Ziff. 1 EMRK jeder Person ein Recht darauf verleiht, in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht gehört zu werden; und sich aus dem Recht auf ein Gericht namentlich ein Recht auf Zugang zu einem Gericht ergibt (Urteil des EGMR Weite u. Kennedy gegen Deutschland vom 18. Februar 1999, 26083/94, Slg. 99-I Rn. 50; BGE 144 I 340 E. 3.3.2; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, Art. 6 N 34);

dass dieses Recht indessen nicht absolut ist und es Einschränkungen unterworfen sein kann, sofern und soweit es nicht geradezu in seinem Wesensgehalt betroffen wird; und die Konventionsstaaten bei den Einschränkungen über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen (Urteil des EGMR Al-Dulimi und Montana Management Inc. gegen Schweiz vom 21. Juni 2016, 5809/08 § 129; BGE 141 I 241 E. 4.2.1; BGE 144 I 340 E. 3.3.3; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, a.a.O., Art. 6 N 36);

dass Grundvoraussetzung für das Recht auf Zugang zu einem Gericht ist, dass überhaupt eine zivilrechtliche Streitigkeit besteht; dabei die Auslegung des Konventionsrechts konventionsautonom vorzunehmen ist und praxisgemäss gilt, dass der von Art. 6 Ziff. 1 EMRK verwendete Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen weiter greift als der Rechtsbegriff des Zivilrechts im Sinne des schweizerischen Rechts; er sich nicht nur auf zivilrechtliche Streitigkeiten im engeren Sinn bezieht, sondern auch Verwaltungsakte einer hoheitlich handelnden Behörde betrifft, sofern diese massgeblich in Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur eingreift (Urteil des EGMR Klein gegen Deutschland vom 27. Juli 2000, 33379/96 § 29; BGE 141 I 97 E. 5.1; BGE 144 I 340 E. 3.3.4);

dass der EGMR in Zweifelsfällen die zivilrechtliche Natur von Ansprüchen und Verpflichtungen entweder nach den Auswirkungen eines Verfahrens auf solche Rechte und Pflichten, auf der Basis einer Abwägung der öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Elemente eines Rechts oder aufgrund der Vermögenswerte des streitgegenständlichen Rechts bzw. der Auswirkungen auf ein vermögenswertes Recht, beurteilt (MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, a.a.O., Art. 6 N 9);

dass vorliegend aufgrund nachstehender Überlegung offengelassen werden kann, ob die Bewilligung zur Ausfuhr von Dual-Use-Gütern inner- oder ausserhalb des weiten Rahmens der zivilrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK liegt;

dass in Bezug auf nicht verfahrensabschliessende Entscheide im Rahmen zivilrechtlicher Streitigkeiten der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte früher angenommen hat, dass die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine Anwendung finden, es sei denn die einstweilige Entscheidung nehme die Hauptsache vorweg (Urteil des EGMR Markass Car Hire Ltd. gegen Zypern vom 23. Oktober 2001, 51591/1999; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, a.a.O., Art. 6 N 20; KASPAR LUGINBÜHL, Erweiterte Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf Zwischenverfügungen aufgrund des EGMR-Urteils Micallef c. Malta, in: Jusletter 8. März 2010, Rz.1);

dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diese Praxis unterdessen aufgegeben hat und seit dem Urteil Micallef gegen Malta vom 15. Oktober 2009 (17056/06, § 83 ff.) die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in einem Präliminarverfahren, dessen Hauptsache aber auch "de caractère civil" sein muss, namentlich davon abhängt, dass gesagt werden kann, das Vorverfahren sei präjudizierend für das Hauptverfahren (BGE 144 I 340 E. 3.3.8; vgl. auch BVGE 2012/6 E. 3.3);

dass dabei die Dauer des Vorverfahrens als solche von keiner Bedeutung ist und unerlässlich ist, dass erstens die Hauptsache zivilrechtlich und zweitens der vorläufige Entscheid für den zivilrechtlichen Anspruch determinierend ist; überdies die bloss wirtschaftliche Beeinträchtigung für sich allein nicht genügt, um Art. 6 Ziff. 1 EMRK zur Anwendung zu bringen (BGE 144 I 340 E. 3.3.8 m.H.);

dass es sich bei der hier angefochtenen Verfügung, mit welcher die Einzelausfuhrgesuche ausgesetzt wurden, um einen Sistierungsentscheid handelt; mithin um einen Entscheid, der weder verfahrensabschliessend noch darauf ausgerichtet ist, auf die Hauptsache präjudizierend zu wirken;

dass die oben genannten Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind, womit in casu auch das Völkerrecht keinen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung einräumt (Art. 32 Abs. 1 Bst. a 1. Satz VGG);

dass damit gegen die Verfügung vom 3. Juli 2020, soweit mit ihr die Einzelausfuhrgesuche Nr. _____ [1] und _____ [2] ausgesetzt wurden,

gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unzulässig ist und damit bezüglich dieser zwei Gesuche auf die Beschwerde nicht einzutreten ist;

dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zur Aussetzung des Einzelausfuhrgesuchs Nr. _____ [3] vom 23. Juni 2020 einzig auf den Bundesratsbeschluss vom 19. Juni 2020 stützte und erwog, dieser beziehe sich auch auf Einzelausfuhrgesuche, die ihr, der Vorinstanz, nach dem 10. Juni 2020 eingereicht würden;

dass entgegen der Ansicht der Vorinstanz dem Bundesratsbeschluss vom 19. Juni 2020 jedoch nichts zu entnehmen ist, das darauf hindeuten würde, dass sich dieser auch auf Einzelausfuhrgesuche beziehen würde, die nach dem 10. Juni 2020 eingereicht wurden;

dass die Vorinstanz sich für die Sistierung des Einzelausfuhrgesuchs Nr. _____ [3] der Beschwerdeführerin vom 23. Juni 2020 somit zu Unrecht auf den Bundesratsbeschluss vom 19. Juni 2020 beruft;

dass sich in Bezug auf das Einzelausfuhrgesuch Nr. _____ [3] ausser den im Zusammenhang mit den Sistierungen der beiden anderen Gesuche genannten politischen Erwägungen keine weiteren Gründe aufdrängen, die für eine Sistierung des Verfahrens sprechen würden;

dass die Vorinstanz indessen weder solche Erwägungen aufführt, noch darlegt, dass und inwieweit ihr ein politisch begründeter Entscheid überhaupt zustehen würde; diese Zuständigkeit für die Sistierung des Einzelausfuhrgesuchs Nr. _____ [3] vom 23. Juni 2020 prima vista vielmehr dem Bundesrat zufallen würde;

dass damit auf die Beschwerde einzutreten und diese gutzuheissen ist, soweit sie sich auf das Einzelausfuhrgesuch Nr. _____ [3] vom 23. Juni 2020 bezieht;

dass Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung vom 3. Juli 2020 die sich auf dieses Gesuch bezieht, daher aufzuheben ist;

dass die Kosten des Verfahrens auf Fr. 2'500.– festzulegen sind;

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens als teilweise unterliegend zu gelten hat und ihr anteilmässig Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'700.– aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG und

Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]);

dass die als teilweise obsiegend geltende, anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. VGKE Anspruch auf eine gekürzte Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz hat;

dass die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht hat, die Parteientschädigung daher ermessensweise sowie praxisgemäss auf Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Auf die Beschwerde betreffend Ziff. 1 (Einzelausfuhrgesuch Nr. _____ [1] vom 28. Januar 2020) und Ziff. 2 (Einzelausfuhrgesuch Nr. _____ [2] vom 6. Februar 2020) der Verfügung vom 3. Juli 2020 wird nicht eingetreten.

2.

Betreffend Ziff. 3 (Einzelausfuhrgesuch Nr. _____ [3] vom 23. Juni 2020) der Verfügung vom 3. Juli 2020 wird die Beschwerde gutgeheissen und Ziff. 3 der Verfügung vom 3. Juli 2020 aufgehoben.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 1'700.– auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– verrechnet. Der Überschuss von Fr. 1'800.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. MWSt) zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, Bundeshaus Ost, 3003 Bern (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli

Corine Knupp

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 8. Dezember 2020