

BVGer B-198/2014 vom 5. November 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-198_2014

FR: TAF B-198/2014 du 5 novembre 2014

IT: TAF B-198/2014 del 5 novembre 2014

Regeste

Geldwäscherei

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde grundsätzlich sachlich zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Art. 1 Abs. 1 und 2 Bst. c des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Anfechtungsgegenstand ist vorliegend einzig die Zuteilung des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz in eine bestimmte Aufsichtskategorie sowie Ratingklasse im Rahmen ihres Überwachungs- bzw. Aufsichtskonzepts über den Parabankensektor betreffend die Geldwäschereibekämpfung. Soweit der Beschwerdeführer weitergehende Rügen vorbringt, insbesondere zur Feststellung seiner Haltung in Bezug auf seine Reglementsanpassung, ist darauf nicht einzutreten. Ob das Reglement des Beschwerdeführers angepasst werden muss, ist Gegenstand eines separaten Verfahrens. Für die Frage, ob das angefochtene Schreiben der Vorinstanz Verfügungscharakter aufweist (vgl. E. 2), ist die Frage der Gesetzeskonformität des Reglements des Beschwerdeführers unerheblich.

E. 2

Vorliegend stellt sich die Frage bzw. ist umstritten, ob überhaupt ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer erklärt, die Beschwerde richte sich gegen eine Verfügung der Vorinstanz, die im Rahmen eines Beurteilungsschreibens in Briefform und ohne Rechtsmittelbelehrung eröffnet worden sei, aber zweifellos eine Verfügung im formellen Sinn darstelle, weil Anordnungen im konkreten Einzelfall getroffen würden (Einteilung in eine Aufsichtskategorie sowie Ratingklasse), die für den Beschwerdeführer rechtlich relevante konkrete Auswirkungen hätten, namentlich bezüglich der Periodizität und Intensität der zukünftigen Prüfungshandlungen durch die Vorinstanz. Da der Beschwerdeführer mit dem Beurteilungsschreiben einer offenbar genau bestimmten Aufsichtskategorie und einer Ratingklasse zugeordnet werde, stelle dies zweifellos eine individuell-konkrete Verfügung dar. Diese habe auch konkrete rechtliche Folgen für die SRO. Die Vorinstanz bestätige dies in ihrem Schreiben selbst, indem sie ausführe, dass die Einteilung das Ausmass der Aufsichtsintensität bestimme. Die Aufstellung eines Rasters von Aufsichtskategorien und Ratingklassen gehe weit über ein blosses Aufsichts- bzw. Überwachungskonzept hinaus. Ein solches beinhalte allgemeine Leitlinien, nach denen die

Vorinstanz ihre Aufsicht auszuüben gedenke, und die für jede beaufsichtigte SRO in gleicher Weise zur Anwendung gelange. Vorliegend gehe es aber um das Gegenteil, nämlich um die Einteilung der SRO in Kategorien und Klassen, um diese sodann unterschiedlich zu behandeln. Adressaten seien die elf SRO des Nichtbankenbereichs und die SRO des Schweizerischen Versicherungsverbands. Der Adressatenkreis sei somit eng und genau bestimmt. Dasselbe hätte man mit zwölf einzelnen Verfügungen erreichen können, verbunden mit einer Erklärung an jede der zwölf SRO, weshalb sie künftig anders behandelt werde als die übrigen. Es handle sich damit um eine Allgemeinverfügung, die rechtlich wie eine gewöhnliche Verfügung zu behandeln und somit vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sei.

E. 2.2

Die Vorinstanz macht geltend, ihr Schreiben vom 12. Dezember 2013 stelle keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar, da dessen Inhalt weder eine individuell-konkrete Anordnung enthalte noch gegenüber dem Beschwerdeführer irgendwelche Rechtswirkungen erzeugt würden.

E. 2.2.1

Das angefochtene Beurteilungsschreiben (im Aufsichts- und Überwachungskonzept der Vorinstanz auch als "Assessment Letter" bezeichnet) sei Teil der von der Vorinstanz gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b und d GwG durchgeführten Aufsichts- und Überwachungstätigkeit und erfolge jeweils am Ende des Aufsichtszyklus (Kalenderjahr) zuhanden aller beaufsichtigten SRO. Das Beurteilungsschreiben sei eine jährlich wiederkehrende Gesamtbeurteilung aus Sicht der Aufsichtsbehörde mit dem Ziel, die von der Vorinstanz gemachten Beobachtungen und Feststellungen schriftlich festzuhalten und gegenüber den SRO zu kommunizieren. Die Gesamtbeurteilung enthalte eine kritische Darstellung von negativen und positiven Erkenntnissen aus der Überwachung sowie den daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen der Vorinstanz. Nebst einer Rückschau enthalte das Beurteilungsschreiben auch Elemente, welche sich auf die Zukunft bezögen. Namentlich teile die Vorinstanz ihre Erwartungen sowie Einschätzungen und Hinweise betreffend künftiger Herausforderungen und Risiken im Bereich der Geldwäschereibekämpfung gegenüber den beaufsichtigten SRO mit. Insofern diene das Schreiben der Transparenz sowie sensibilisierenden und präventiven Zwecken. Die Beaufsichtigten sollten damit frühzeitig erkennen, welche Schwerpunkte die Vorinstanz bei ihrer Aufsichtstätigkeit setze und welche Risiken von ihr als relevant angesehen würden.

E. 2.2.2

Konkret habe die Vorinstanz im Beurteilungsschreiben eine Reihe positiver Aspekte hervorgehoben. Im Bereich der Aufnahme- und Ausschlusspolitik seien Beanstandungen formuliert worden. So seien künftig neu aufgenommene Mitglieder vertieft zu überprüfen. Bei Ausschlüssen sei die Verhältnismässigkeit stärker zu beachten. Ferner erwarte die Vorinstanz vom Beschwerdeführer, der sowohl in relativen als auch absoluten Zahlen die höchste Mitgliederfluktuation aller SRO aufweise, eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik. Erwähnt sei sodann das Reglement des Beschwerdeführers, das nach Auffassung der Vorinstanz nicht im Einklang mit den geltenden gesetzlichen Bestimmungen und Best-Practice-Grundsätzen der Geldwäschereibekämpfung stehe und entsprechend Gegenstand eines Enforcement-Verfahrens sei. Abschliessend sei dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden, dass er wie bis anhin der Aufsichtskategorie (Angabe zur Kategorie) und

in der Ratingklasse (Angabe zur Ratingklasse) figurieren; entsprechend ergäben sich für die Aufsichtsperiode 2014 mindestens drei Aufsichtsgespräche und eine intensive GwG-Prüfung vor Ort.

E. 2.2.3

Die Vorinstanz bringt vor, dass die Ausgestaltung der Aufsicht über die SRO in ihrem Ermessen liege. Sie stütze sich dabei auf das von ihr entwickelte interne Aufsichts- und Überwachungskonzept, das einen risikobasierten Ansatz verfolge. Sie gliedere die Risiken in branchentypische und organisationsspezifische Risiken. Anhand der Beurteilung der Risiken im konkreten Fall nehme die Vorinstanz intern eine Zuteilung der SRO in unterschiedliche Aufsichtskategorien und Ratingklassen vor. Daraus ergäben sich Unterschiede hinsichtlich Intensität und Periodizität der Aufsichtsmaßnahmen. Die Mitteilung der Zuteilung in die Kategorien bzw. Klassen und der künftigen Überwachungsmaßnahmen habe bloss informativen Charakter und erfolge im Rahmen des informellen Verwaltungshandelns.

E. 2.3

Nach Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (vgl. auch Art. 44 VwVG). Art. 33 VGG bezeichnet weitere Beschwerdemöglichkeiten in vorliegend nicht einschlägigen Spezialfällen. Ferner ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung (Art. 46a VwVG). Das für das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 37 VGG und Art. 2 Abs. 4 VwVG massgebende Verwaltungsverfahrensgesetz findet im Finanzmarktaufsichtsrecht Anwendung (Art. 54 Abs. 1 FINMAG).

E. 2.3.1

Als Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a); Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten (Bst. b); Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten oder das Nichteintreten auf ein solches Begehren (Bst. c). Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht erlassen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 139 V 72 E. 2.2.1, BGE 135 II 38 E. 4.3 m.H.). Diese vorgenannten Strukturmerkmale bzw. Elemente des Verfügungsbegriffs müssen kumulativ erfüllt sein (Benoît Bovay, *Procédure administrative*, Bern 2000, S. 253 f.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 Rz. 17; Felix Uhlmann, in: *Praxiskommentar VwVG*, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 5 N 17). Allerdings ist einer Verfügung die Rechtswirksamkeit inhärent, weshalb den Merkmalen der Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit regelmässig keine selbstständige Bedeutung zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2C_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 2.1 m.H.). Art. 5 Abs. 2 VwVG dehnt den Verfügungsbegriff aus auf Vollstreckungsverfügungen (Art. 41 Abs. 1 Bst. a und b VwVG), Zwischenverfügungen (Art. 45 und Art. 46 VwVG), Einspracheentscheide (Art. 30 Abs. 2 Bst. b und Art. 74 VwVG), Beschwerdeentscheide (Art. 61 VwVG), Entscheide im Rahmen einer Revision (Art. 68 VwVG) und die Erläuterung (Art. 69 VwVG). Ferner

gelten Wiedererwägungen bzw. Abweisungen von Wiedererwägungsgesuchen, Verfügungen über einen Realakt (Art. 25a Abs. 2 VwVG) sowie Disziplinarscheidungen nach Art. 60 VwVG als Verfügungen. Vom Verfügungsbegriff erfasst sind naturgemäss auch Teilverfügungen, die ein Verfahren für einen bestimmten Teil abschliessen. Nicht als Verfügungen gelten namentlich Erklärungen von Behörden über die Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind (Art. 5 Abs. 3 VwVG).

E. 2.3.2

Vom Verfügungsbegriff zu trennen ist die Frage nach der Form der Verfügung. Art. 34 f. VwVG schreiben den in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht handelnden Behörden vor, dass Verfügungen als solche zu bezeichnen und den Adressaten schriftlich, begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen zu eröffnen sind. Formfehler führen grundsätzlich nicht zum Wegfall des Verfügungscharakters; die Formvorschriften sind nicht Voraussetzung, sondern Folge der Verfügung. Massgebend ist ein materieller Verfügungsbegriff, d.h. der tatsächliche rechtliche Gehalt (BGE 132 V 74 E. 2 m.H.; BVGE 2009/43 E. 1.1.4 und 1.1.6 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3766/2012 vom 5. August 2013 E. 1.4.3; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 884; Uhlmann, a.a.O., Art. 5 N 17, 115 f.; ders., in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, St. Gallen 2008, S. 150 f.; Magnus Oeschger/Jürg Bickel, Vom materiellen zum formellen Verfügungsbegriff?, in: Jusletter vom 30. März 2009, Rz. 5). Eine Verfügung liegt somit vor, wenn eine Verwaltungshandlung die vom Verfügungsbegriff geforderten Strukturmerkmale (vgl. E. 2.3.1) aufweist (BVGE 2009/43 E. 1.1.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3766/2012 vom 5. August 2013 E. 1.4.1).

E. 2.4

Zu prüfen ist somit, ob das angefochtene Schreiben der Vorinstanz an den Beschwerdeführer die Elemente bzw. Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs erfüllt. Dies ist aus den nachfolgenden Gründen zu verneinen.

E. 2.4.1

Vorliegend kann nicht bezweifelt werden, dass die Vorinstanz hoheitlich, einseitig, individuell-konkret - d.h. auf den Beschwerdeführer bezogen - und in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht gehandelt hat. Für die Qualifikation des Schreibens der Vorinstanz als Verfügung ist damit ausschlaggebend, ob es sich dabei um einen verbindlichen und erzwingbaren, mithin auf das Erzielen von Rechtswirkungen ausgerichteten Akt handelt. Die Ausrichtung auf Rechtswirksamkeit unterscheidet die Verfügung einerseits von solchem tatsächlichem oder informellem Verwaltungshandeln, das nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg abzielt (BGE 130 I 369 E. 6.1), indessen ausnahmsweise gleichwohl die Rechtsstellung von Privaten beeinträchtigen kann (BGE 138 I 6 E. 1.2). Mangels autoritativer Anordnung ebenfalls nicht auf Rechtswirksamkeit ausgerichtet und damit keine Verfügung ist andererseits das rechtsunverbindliche Handeln einer Behörde (Müller, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 13 zu Art. 5; Uhlmann, a.a.O., Art. 5 N 91 ff.), wobei aber auch dieses unter Umständen eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Betroffenen zur Folge haben kann (BGE 103 Ib 350 E. 2).

E. 2.4.2

Zur Durchsetzung der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung wurden in Art. 3 ff. GwG Pflichten für Finanzintermediäre eingeführt, deren Einhaltung beaufsichtigt wird (Art. 12 ff. GwG). Je nach Kategorie, welcher ein Finanzintermediär angehört, untersteht dieser der Aufsicht durch die FINMA (Art. 12 Bst. a und c Ziff. 2 GwG), die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK (Art. 12 Bst. b GwG) oder eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation (Art. 12 Bst. c Ziff. 1 GwG). Die anerkannten Selbstregulierungsorganisationen erfüllen in diesem Bereich - ungeachtet der privatrechtlichen Natur der von ihnen ausgesprochenen Sanktionen - eine öffentliche Aufgabe (Urteile des Bundesgerichts 2C_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 3.1 sowie 2C_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1).

E. 2.4.3

Im Rahmen ihrer Aufsicht über die Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG erteilt und entzieht die FINMA den Selbstregulierungsorganisationen die Anerkennung (Art. 18 Abs. 1 Bst. a GwG), beaufsichtigt sie (Art. 18 Abs. 1 Bst. b GwG), genehmigt deren Reglemente (Art. 18 Abs. 1 Bst. c GwG) und sorgt dafür, dass die Selbstregulierungsorganisationen ihre Reglemente gegenüber den angeschlossenen Finanzintermediären durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 Bst. d GwG). Hat die FINMA begründeten Verdacht auf eine Geldwäschereihandlung und ist keine Meldung durch den Finanzintermediär erstattet worden, so ist sie verpflichtet, die Meldestelle zu informieren (Art. 16 Abs. 1 GwG). Die FINMA, die ESBK und die Meldestelle können alle Informationen austauschen, welche sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss GwG benötigen (Art. 29 ff. GwG).

E. 2.4.4

Mit dem angefochtenen Schreiben vom 12. Dezember 2013 hat die FINMA in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über den Beschwerdeführer als öffentlichen Aufgabenträger (vgl. E. 2.4.2) diesem u.a. mitgeteilt, dass er weiterhin in der Aufsichtskategorie (Angabe zur Kategorie) eingeteilt bleibe. Zudem führe die nach wie vor hohe Anzahl an Neuaufnahmen und Anschlüssen, das nicht mehr den effektiv überwachten Branchen entsprechende Reglement sowie das allgemein aufwändige Aufsichtsverhältnis zur Einteilung in die Ratingklasse (Angabe zur Ratingklasse). Daraus resultierten mindestens drei Aufsichtsgespräche und eine intensive GwG-Prüfung für das Jahr 2014. Diese streitige Mitteilung begründet keine neuen Rechte oder Pflichten des Beschwerdeführers. Sie ist auch nicht auf eine autoritativ angeordnete rechtliche Verhaltenssteuerung ausgerichtet. Vielmehr konkretisiert sie lediglich die Aufsichtsintensität für die nächste Aufsichtsperiode im Rahmen von Art. 18 Abs. 1 Bst. b GwG. Dies bildet Teil der formfreien Aufsichtstätigkeit, die einzig der künftigen allgemeinen - d.h. nicht aufgrund eines konkreten Anlasses erfolgenden - Informationsbeschaffung dient. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Grad der Intensität der Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz den Beschwerdeführer insoweit belasten kann, als dies seine eigenen Ressourcen mehr oder weniger stark in Anspruch nehmen kann. Ansonsten müsste jede formfreie Aufsichtshandlung, die im Rahmen des Art. 18 Abs. 1 Bst. b GwG erfolgt, vom Beaufsichtigten angefochten werden können, was geeignet wäre, die laufende, nicht eingreifende Aufsicht zu blockieren. Das Schreiben der Vorinstanz vom 12. Dezember 2013 wäre auch nicht vollstreckbar gewesen, denn es enthält keine Androhung von verwaltungsrechtlichen Sanktionen, die beim Ausbleiben einer Kooperation mit der FINMA bei der Wahrnehmung ihrer Aufsicht ergriffen würden. Das angefochtene

Schreiben regelt damit kein Rechtsverhältnis; es führt vielmehr allenfalls zu einem formellen, in eine Verfügung mündenden Verwaltungsverfahren.

E. 2.4.5

Zusammenfassend enthält das Schreiben der Vorinstanz vom 12. Dezember 2013 keine autoritative und auf Rechtswirkung ausgerichtete staatliche Anordnung, weshalb es nicht als Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG qualifiziert werden kann. Damit fehlt es vorliegend an einem Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 44 VwVG. Zu keinem anderen Ergebnis führt die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), da gegebenenfalls autoritativ angeordnete eingreifende Aufsichtsmaßnahmen der Vorinstanz mit Beschwerde angefochten werden können. Die Beschränkung des Anfechtungsobjekts der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht auf Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG (vgl. Art. 31 VGG) verletzt daher vorliegend weder Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) noch Art. 29a BV und generiert damit kein Rechtsschutzdefizit.

E. 3

Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels anfechtbarer Verfügung kein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Soweit der Beschwerdeführer ohne nähere Begründung beantragt, es seien die Akten aus dem Beschwerdeverfahren (Verfahrensnummer) beizuziehen zum Beweis, dass das Reglement inzwischen durch die Vorinstanz mittels Verfügung (die im genannten Beschwerdeverfahren angefochten ist) geändert worden sei und der Beschwerdeführer dieses umsetze, ist dies in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Die Unterlagen im genannten Beschwerdeverfahren können für die vorliegend zu beurteilende Frage, ob mit dem Beurteilungsschreiben vom 12. Dezember 2013 ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, offensichtlich keinen Erkenntnisgewinn bieten.

E. 4

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden angesichts des Aufwands, der Art der Prozessführung mit der von vornherein aussichtslosen Beschwerde (vgl. Art. 2 Abs. 1 VGKE) und unter Berücksichtigung der in einem vergleichbaren Fall vom Bundesgericht auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- (Urteil des Bundesgerichts 2C_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 4) auf Fr. 3'000.- festgesetzt. Der am 22. Januar 2014 geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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