

BVGer B-2534/2017 vom 5. September 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-09-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2534_2017

FR: TAF B-2534/2017 du 5 septembre 2017

IT: TAF B-2534/2017 del 5 settembre 2017

Regeste

Geldwäscherei

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen im vorliegenden Verfahren B-2534/2017 gegeben sind und auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. Urteil des BVGer B-3592/2015 vom 19. September 2016 E. 1.1). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 VGG entschieden hat. Zulässig ist eine Beschwerde unter anderem gegen Verfügungen der Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes verfügen (Art. 33 Bst. h VGG).

E. 2

Im Hauptantrag verlangt die Beschwerdeführerin, Dispositiv-Ziff. 2 des Sanktionsentscheids der Vorinstanz vom 29. März 2017 sei aufzuheben. Sie rügt, die Vorinstanz habe mit ihrem Sanktionsentscheid in den Zuständigkeitsbereich der FINMA eingegriffen, indem sie als unzuständige Behörde vorfrageweise eine Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens der Beschwerdeführerin nach GwG festgestellt und die Sorgfaltspflichten für diesen Bereich als anwendbar erklärt habe. Sie macht geltend, die ihr mit Entscheid der Vorinstanz vom 29. März 2017 auferlegte Sanktion sei öffentlich-rechtlichen Charakters und es liege eine Verfügung nach Art. 5 VwVG vor.

E. 2.1

Vom Ausnahmefall der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 46a VwVG) abgesehen, werden im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nur Rechtsverhältnisse überprüft, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Das Vorliegen einer Verfügung als Anfechtungsobjekt ist Sachurteilsvoraussetzung (Art. 31 VGG; Art. 46 VwVG; vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2. Aufl. 2013, N 2.1 und 2.6; Felix Uhlmann, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [nachstehend: Praxiskommentar VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 N 5). Vorliegend ist umstritten, ob es sich beim Sanktionsentscheid der Vorinstanz vom 29. März 2017 um eine

Verfügung handelt, d.h. ob ein Anfechtungsobjekt vorliegt.

E. 2.2

Art. 5 Abs. 1 VwVG definiert die Verfügung als Anordnung der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und (Bst. a.) die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, (Bst. b) die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfanges von Rechten oder Pflichten oder (Bst. c) die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand hat. Praxis und Lehre umschreiben die Verfügung als individuellen, an den Einzelnen gerichteten Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. BGE 139 V 143 E. 1.2; 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3, je m.w.H.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N 849 und 851 m.w.H.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., N 2.3;). Als konkrete Prüfkriterien gelten folglich folgende fünf Elemente: (1.) hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde, (2.) individuell-konkrete Anordnung, (3.) Anwendung von (Bundes-)Verwaltungsrecht, (4.) auf Rechtswirkung ausgerichtete Anordnung und (5.) Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 855 ff.; Uhlmann, a.a.O., N 19). Massgeblich ist ein materieller, nicht ein formeller Verfügungsbegriff. Es bestehen zwar Erwartungen an die Form einer Verfügung (Art. 35 VwVG), doch sind diese nicht Voraussetzung des Verfügungsbegriffs, sondern dessen Folge. Ist eine behördliche Mitteilung materiell als Verfügung zu qualifizieren, so sind Formmängel - soweit nicht geradezu von einer nichtigen Verfügung auszugehen ist - nach Art. 38 VwVG zu würdigen, ändern aber am Verfügungscharakter nichts (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 871 f.; Uhlmann, a.a.O., N 131 - 133).

E. 2.3

Der Gesetzgeber hat zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in Art. 3 ff. GwG verschiedene konkretisierungsbedürftige Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre eingeführt. Deren Einhaltung bzw. Konkretisierung in weiteren Erlassen unterliegen der staatlichen Kontrolle (Art. 12 ff. GwG); diese Kontrolle beruht (teilweise) auf dem Prinzip der "regulierten Selbstregulierung" (vgl. Christoph Errass, Technikregulierungen zur Gewährleistung von Sicherheit, in: Sicherheit & Recht 2016, S. 63 ff., S. 66 - 68 und 85 - 87). Je nach Kategorie, welcher ein Finanzintermediär zuzuordnen ist, untersteht er der Aufsicht durch die FINMA (Art. 12 Bst. a und Bst. c Ziff. 2 GwG), durch die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK; Art. 12 Bst. b GwG) oder aber durch eine anerkannte SRO (Art. 12 Bst. c Ziff. 1 GwG; vgl. BGE 143 II 162 E. 2.1; zum Aufsichtskonzept vgl. Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, § 5 N 93 ff.). Statt sich der direkten Aufsicht durch die FINMA zu unterstellen, können sich nach Art. 2 Abs. 3 GwG die Finanzintermediäre des Parabankensektors, worunter die Beschwerdeführerin fällt, zur Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Geldwäschereigesetz einer der anerkannten SRO anschliessen (Art. 14 Abs. 1 GwG e contrario; Nobel, a.a.O., § 5 N 96), was auf die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 2. August 2006 bis 27. April 2016 zutrifft. Gemäss Bundesgericht erfüllen SRO eine öffentliche bzw. öffentlich-rechtliche Aufgabe im Rahmen der ihnen diesbezüglich übertragenen staatlichen Kompetenzen, und zwar ungeachtet der privatrechtlichen Natur ihrer Organisation und des privatrechtlichen Charakters der von ihnen ausgesprochenen Sanktionen bei Verletzung der gesetzlichen bzw. reglementarischen Vorgaben (vgl. BGE

143 II 162 E. 2.3). Die FINMA erteilt und entzieht der SRO von Gesetzes wegen die Anerkennung (Art. 18 Abs. 1 Bst. a GwG), beaufsichtigt sie (Art. 18 Abs. 1 Bst. b GwG), genehmigt ihre Reglemente (Art. 25 und Art. 18 Abs. 1 Bst. c GwG) und sorgt dafür, dass die SRO den ihnen angeschlossenen Finanzintermediären gegenüber die gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben wirksam durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 Bst. d GwG; vgl. BGE 143 II 162 E. 2.3 m.w.H.).

E. 2.4

Die fragliche Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens der Beschwerdeführerin unter das GwG durch die Vorinstanz erfolgte vorfrageweise im Zusammenhang mit einer Sanktion im Rahmen der "regulierten Selbstregulierung" und der ihr übertragenen staatlichen Kompetenzen (Art. 18 Abs. 1 Bst. b und d GwG). Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass die von den SRO ausgesprochenen Sanktionen bei Verletzung der gesetzlichen bzw. reglementarischen Vorgaben privatrechtlicher Natur sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1 m.w.H.), gleich wie auch das Verhältnis zwischen einer SRO und einem ihr angeschlossenen Finanzintermediär privatrechtlich ist, da zivilrechtliche Sanktionen wie Konventionalstrafen, Ausschluss oder Nichtigkeit vorgesehen sind (vgl. Matthias Kuster, Zur Rechtsnatur der Sanktionsentscheide von Selbstregulierungsorganisationen und der Schweizer Börse, in: AJP 2005, S. 1502 ff.). Ungeachtet der öffentlich-rechtlichen Natur der Sorgfaltspflichten, welche die Beschwerdeführerin einhalten muss, stützt sich der Sanktionsentscheid der Vorinstanz nach dem Gesagten auf ein privatrechtliches Verhältnis ab und ist privatrechtlicher Natur. Demnach handelt es sich beim angefochtenen Sanktionsentscheid nicht um eine hoheitliche Anordnung, weshalb nicht von einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG auszugehen ist.

E. 2.5

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Verfügungscharakter des Sanktionsentscheids vermögen nicht zu überzeugen. Ihre Argumentation wird insbesondere dem oben beschriebenen System im Parabankensektor, in dem das Prinzip der "regulierten Selbstregulierung" und damit zusammenhängend ein dualistisches Aufsichtsregime prägend sind (vgl. E. 2.3), nicht gerecht.

E. 2.5.1

Die Beschwerdeführerin stellt sich zunächst auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe vorfrageweise über die Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG entschieden, obwohl diese Kompetenz ausschliesslich bei der FINMA liege.

E. 2.5.1.1

Entgegen der Auffassung der FINMA im Zusammenhang mit dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Verfahren B-6225/2016 berühren jenes Beschwerdeverfahren und das Sanktionsverfahren - soweit es um die Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG geht - das gleiche Thema. Massgebend ist jedoch, dass der zu beurteilende Sachverhalt entsprechend den zeitlich unterschiedlichen Aufsichts- und Verfügungskompetenzen zu beurteilen ist. Vom 2. August 2006 bis zu ihrer Austrittserklärung vom 27. April 2016 unterstand die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten gemäss GwG nämlich der Aufsicht der Vorinstanz, wozu auch deren Möglichkeit gehörte, Sanktionen auszusprechen (Art. 25 Abs. 3 Bst. c GwG). Beim vorfrageweisen Entscheid der Vorinstanz

über die Unterstellung handelt es sich um eine Anwendungsfrage, die mit den Sorgfaltspflichten zusammenhängt. Die Beschwerdeführerin hat sich am 2. August 2006 der Vorinstanz angeschlossen. Es darf und kann deshalb nicht sein, dass die Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch die Beschwerdeführerin einer rechtskräftigen, feststellenden Verfügung der FINMA bedürfen und sich die Beschwerdeführerin mit dem Argument befreien kann, ob überhaupt eine GwG-relevante Geschäftstätigkeit vorliege, habe vorgängig die FINMA zu entscheiden. Dies ergibt sich im Übrigen auch in Analogie zur sog. Kompetenzattraktion im Zusammenhang mit der Behandlung von Vorfragen, welche bei isolierter Betrachtung in die Kompetenz einer anderen Behörde fallen. Die mit der Sache befasste Stelle ist befugt, die Vorfrage zu behandeln und zu entscheiden, sofern ein Entscheid der zuständigen Instanz noch aussteht (vgl. BGE 130 III 297 E. 3.3; 128 II 386 E. 2.2; 128 V 254 E. 3; Thomas Flückiger, Praxiskommentar VwVG, Art. 7 N 38; vgl. auch nachfolgend E. 3.2). Aus diesen Gründen, weil die FINMA im fraglichen Zeitraum für die Aufsicht nicht zuständig war und diese die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden hat und weil sich die Vorinstanz nur vorfrageweise und nicht autoritativ mit der Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG beschäftigt hat, ist das Fällen eines Sanktionsentscheids durch die Vorinstanz, einschliesslich des damit verbundenen vorfrageweisen Entscheids über die Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG, nicht zu beanstanden und stellt keinen Eingriff in die Kompetenzen der FINMA dar. Damit geht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Verweigerung der FINMA einher, die GwG-Unterstellungspflicht selber zu beurteilen bzw. durch staatliche Gerichte überprüfen zu lassen. Dies zeigt sich bereits darin, dass im Verfahren B-6225/2016 vor dem Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der autoritativen Festlegung der Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens nach einem diesbezüglichen Entscheid der FINMA Beschwerde eingereicht worden ist. Welche Rechtsmittel und -wege der Beschwerdeführerin noch zur Verfügung stehen, falls die Feststellung der FINMA über die Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens anders ausfiele als wie vorfrageweise durch die Vorinstanz rechtskräftig beurteilt würde, ist vorliegend nicht zu entscheiden (vgl. auch E. 3.2).

E. 2.5.1.2

Aus dem von ihr angeführten Entscheid vom 5. Juni 2003 der ehemaligen Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (VPB 2004 [68] Nr. 111, S. 1422 ff.) kann die Beschwerdeführerin ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. In jenem Entscheid hält die ehemalige Kontrollstelle fest, dass die Zuständigkeit der autoritativen Festlegung des Geltungsbereichs des GwG auch für Mitglieder einer SRO einzig bei der Kontrollstelle liege. Im vorliegenden Verfahren geht es jedoch um einen Sanktionsentscheid, in dem die Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG eine Rolle spielen kann, der Geltungsbereich aber keineswegs autoritativ und abschliessend, sondern eben vorfrageweise festgestellt worden ist. Aus diesem Grund ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens nicht autoritativ in einer Dispositiv-Ziffer festgehalten hat; hierfür würde ihr - im Gegensatz zum Ausfällen einer Sanktion - die Kompetenz fehlen. Abschliessend hält die Kontrollstelle in jenem Entscheid fest: "Insgesamt ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin eine unterstellungspflichtige Tätigkeit nach Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG ausübt, weshalb ihr Gesuch um Feststellung der Nichtunterstellung unter das GwG abzuweisen ist. Eine positive Feststellungsverfügung oder andere Massnahmen erübrigen

sich im vorliegenden Fall, da die Gesuchstellerin bereits einer SRO angeschlossen ist" (E. 4f). Dies deutet zudem darauf hin, dass, soweit ein Finanzintermediär einer SRO angeschlossen ist, nicht zwingend eine positive Feststellungsverfügung über eine unterstellungspflichtige Tätigkeit zu erwarten ist, sondern es einem Mitglied einer SRO offen steht, eine Feststellungsverfügung der FINMA betreffend Nichtunterstellung zu verlangen, andernfalls die SRO im Rahmen von mit Sorgfaltspflichten zusammenhängenden und nicht autoritativ festgelegten Anwendungsfragen unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben frei entscheiden kann.

E. 2.5.1.3

Im Übrigen ist der Hintergrund, der zur Sanktionierung der Beschwerdeführerin geführt hat, komplexer als die bloss vorfrageweise Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG: 2.5.1.3.1. Das Sanktionsverfahren basiert gemäss Vorinstanz auf folgendem Sachverhalt: Die Vorinstanz habe sich im Nachgang zu einem Schreiben vom 8. August 2013 betreffend Dienstleistungen im Postpaid-Bereich damit einverstanden erklärt, dass die Beschwerdeführerin die Frage der GwG-Relevanz der Dienstleistungen im Postpaid-Bereich der FINMA zur Beurteilung unterbreite und eine entsprechende Feststellungsverfügung beantrage. Als Reaktion auf die entsprechende Unterstellungsanfrage der Beschwerdeführerin habe die FINMA mit Schreiben vom 12. Februar 2014 bzw. mit Präzisierung vom 16. Mai 2014 die Einschätzung der Vorinstanz bezüglich der GwG-Unterstellungspflicht der Dienstleistungen im Postpaid-Bereich bestätigt. Da die Beschwerdeführerin diese Auslegung nicht habe akzeptieren wollen, habe sie bei der FINMA am 2. Juni 2014 ein Gesuch um Erlass einer formellen Feststellungsverfügung eingereicht und verlangt, dass die FINMA eine anfechtbare Verfügung bezüglich der GwG-Unterstellungspflicht des Abrechnungsverfahrens für Nachtzuschlagtickets des ZVV per SMS erlasse. Die FINMA sei auf das Gesuch mit Schreiben vom 15. Oktober 2014 nicht eingetreten und habe auf die Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz und deren Zuständigkeit bezüglich korrekter Anwendung der Sorgfaltspflichten und damit zusammenhängender Anwendungsfragen verwiesen. Anlässlich einer nachträglichen Besprechung hätten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin vereinbart, dass es Letzterer nach wie vor freistehen solle, hinsichtlich GwG-Relevanz der Dienstleistungen im Postpaid-Bereich bei der FINMA auf einen materiellen Entscheid zu bestehen und diesen gegebenenfalls auf dem Rechtsmittelweg anzufechten. Bis zur Klärung der Unterstellungsfrage sollten die Limiten gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 der alten Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 8. Dezember 2010 (aGwV-FINMA), wie im Reglement der Vorinstanz vorgesehen angewendet werden, um gestützt darauf und in Verbindung mit Art. 7a GwG rechtmässig auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten verzichten zu können. Ein Transaktionsüberwachungssystem habe dabei sicherstellen sollen, dass Geschäftsbeziehungen ab einem monatlichen Umsatz von Fr. 5'000.- und einem jährlichen Umsatz von Fr. 25'000.- unverzüglich gesperrt würden, um die Beschwerdeführerin von der Wahrnehmung weiterer Sorgfaltspflichten zu befreien. In der Folge sei die Festsetzung dieser Limiten in den internen Weisungen der Beschwerdeführerin verankert und deren Anwendung schriftlich bestätigt worden. Mit Schreiben vom 2. März 2015 sei die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz erneut dazu angehalten worden, die Sorgfaltspflichten - wie vereinbart - gemäss GwG anzuwenden, d.h. die Limiten gemäss aGwV-FINMA einzuhalten, um auch weiterhin rechtmässig auf die Einhaltung der

Sorgfaltspflichten nach Art. 7a GwG verzichten zu können. Die Beschwerdeführerin habe der Vorinstanz daraufhin mündlich bestätigt, die Limiten gemäss aGwV-FINMA einzuhalten, bis ein definitiver Entscheid seitens der FINMA vorliege. Am 1. März 2016 sei bei der Vorinstanz der Prüfbericht der Prüfstelle über die ordentliche GwG-Prüfung 2015 der Beschwerdeführerin eingegangen. Dem Prüfbericht und den ergänzenden Arbeitspapieren sei zu entnehmen gewesen, dass der Postpaid-Bereich nach wie vor als nicht GwG-relevante Geschäftstätigkeit behandelt worden sei, die Beschwerdeführerin jedoch Transaktionsbeschränkungen sichergestellt habe. Auf Nachfrage habe die Prüfstelle in einem Ergänzungsbericht präzisiert, dass das Transaktionsüberwachungssystem für den Postpaid-Bereich so konzipiert sei, dass Kundenbeziehungen erst ab einem monatlichen Umsatz von Fr. 10'000.- und einem Jahresumsatz von Fr. 50'000.- gesperrt resp. identifiziert würden. Das habe zur Folge, dass die Beschwerdeführerin die Einhaltung der reglementarischen Limiten von monatlich Fr. 5'000.- bzw. jährlich Fr. 25'000.- nicht habe sicherstellen können und auch nicht gewährleistet werden könne, dass Kundenbeziehungen bei Limitenüberschreitungen gesperrt oder aber Sorgfaltspflichten gemäss GwG wahrgenommen würden. Die Vorinstanz schloss daraus, die Beschwerdeführerin könne somit nicht sicherstellen, dass die Limiten gemäss der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 3. Juni 2015 (Geldwäschereiverordnung, GwV-FINMA; SR 955.033.0) bzw. gemäss aGwV-FINMA eingehalten und Überschreitungen verhindert oder im Falle einer Überschreitung sämtliche Sorgfaltspflichten wahrgenommen würden. Für den Zeitraum bis 31. Dezember 2015 liege ein klarer Verstoss gegen Art. 7a GwG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 sowie Art. 11 Abs. 2 aGwV-FINMA vor, während im Zeitraum ab dem 1. Januar 2016 gegen § 39bis des Reglements i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 11 Abs. 4 GwV-FINMA verstossen worden sei. Ausserdem dränge sich der Schluss auf, dass die Beschwerdeführerin die Vorinstanz vorsätzlich getäuscht habe, indem sie in ihren internen Weisungen vorgegeben habe, die GwV-FINMA-Limiten von monatlich Fr. 5'000.- und jährlich Fr. 25'000.- einzuhalten, womit die damit bewirkte Irreführung der Vorinstanz auch berechnete Zweifel an der Gewähr der Beschwerdeführerin für eine ordnungsgemässe Geschäftstätigkeit aufwerfe.

2.5.1.3.2. Die Komplexität der Hintergründe zeigt auf, dass sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Beurteilung von Sanktionsentscheiden einer SRO einer gewissen Zurückhaltung auferlegen muss, da seine Zuständigkeit aufgrund des dualistischen Aufsichtsregimes und der privatrechtlichen Beziehung zwischen einer SRO und ihren Mitgliedern bzw. der privatrechtlichen Natur eines Sanktionsentscheids grundsätzlich zu verneinen ist. Eine Ausnahme von dieser Regelung - wie dies die Beschwerdeführerin hier geltend machen will - würde einen Eingriff in die "regulierte Selbstregulierung" bedeuten, mit dem dieses System aus dem Gleichgewicht gebracht werden könnte. Vorliegend ist es auf jeden Fall nicht wünschenswert, den Sanktionsmechanismus der Vorinstanz aufgrund der isolierten Frage der Unterstellung des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG ausser Kraft zu setzen, weil damit im Sanktionsverfahren auch andere Gründe, die allenfalls für die Sanktion ausschlaggebend waren, möglicherweise unberücksichtigt blieben. Auch die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, soweit im Sanktionsverfahren über die Unterstellung bestimmter Tätigkeiten unter die Vorschriften des GwG zu entscheiden sei, müsse dies aufgrund des konkreten Sachverhalts erfolgen. Zu berücksichtigen sei dabei, dass die Vorinstanz gestützt auf § 3 Abs. 2 des Reglements Weisungen erteilen könne. Wenn im Sanktionsverfahren über deren

Umsetzung zu entscheiden sei, so sei der Sachverhalt nicht notwendigerweise derselbe, wie im Beschwerdeverfahren gegen eine Verfügung der FINMA.

E. 2.5.1.4

Zusammenfassend ist das Fällen eines Sanktionsentscheids durch die Vorinstanz, einschliesslich der vorfrageweisen Beurteilung der Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens unter das GwG, nicht zu beanstanden und es liegt kein Eingriff in die Kompetenzen der FINMA vor.

E. 2.5.2

Die Beschwerdeführerin wendet zudem ein, die Sanktion der Vorinstanz habe sich auf die GwV-FINMA bzw. aGwV-FINMA und nicht auf die Statuten der Vorinstanz abgestützt, weshalb die Grundlage der Sanktion ausschliesslich öffentlich-rechtlicher Natur sei. Der Gesetzgeber hat sich in Bezug auf die Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG - wie bereits erwähnt - zur "regulierten Selbstregulierung" bekannt, die der SRO eine grosse Autonomie bei der Umsetzung der Art. 3 ff. GwG lässt. Der Gesetzgeber hat mit Art. 17 und Art. 18 Abs. 1 Bst. e GwG der FINMA (nur) die Kompetenz eingeräumt, Ausführungsvorschriften für die ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre zu erlassen. Entsprechend ist die GwV-FINMA nicht direkt auf die einer SRO angeschlossenen Finanzintermediäre anwendbar (so auch die Botschaft des Bundesrates zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen des Groupe d'action financière [GAFI] vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 605 ff., 621). Bei den Finanzintermediären, die einer SRO angeschlossen sind, kann die FINMA die Konkretisierung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten nur indirekt über die Aufsicht über die SRO beeinflussen. Es fehlt eine Norm, die es der FINMA erlauben würde, die in der GwV-FINMA konkretisierten Sorgfaltspflichten einheitlich für alle Finanzintermediäre verbindlich zu erklären (vgl. Urteil des BVGer B-2200/2014 vom 20. August 2015 E. 3.4). Die SRO ist jedoch verpflichtet, die Sorgfaltspflichten des GwG zu konkretisieren, so dass die Geldwäschereivorschriften effektiv umgesetzt werden (vgl. Urteil des BVGer B-2200/2014 vom 20. August 2015 E. 4.3). In diesem Rahmen ist es nicht ausgeschlossen, dass die SRO die Regelungen der GwV-FINMA anwendet bzw. ihr Reglement darauf verweist (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 GwV-FINMA, wonach SRO sich darauf beschränken können, Abweichungen von der GwV-FINMA zu regeln). Aus diesem Grund ist der Einwand der Beschwerdeführerin, die Reglemente der SRO enthielten bzw. enthalten keine eigenen Regelungen zur Umsetzung von Art. 7a GwG, nicht zu hören. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin führt ein Verweis im Reglement der SRO auf die GwV-FINMA bzw. deren Anwendung nicht dazu, dass die "regulierte Selbstregulierung" durchbrochen wird bzw. dass das Verhältnis zwischen einer SRO und seinen Mitgliedern als öffentlich-rechtlich zu taxieren ist. Die Frage, ob die Reglemente der SRO die Sorgfaltspflichten nach den Art. 3-11a GwG korrekt konkretisieren, steht namentlich angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe im Gesetz und im Rahmen der "regulierten Selbstregulierung" ohnehin im pflichtgemässen (technischen) Ermessen der FINMA (vgl. Urteil des BVGer B-2200/2014 vom 20. August 2015 E. 4.3). Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich insoweit eine gewisse Zurückhaltung (vgl. BVGE 2013/59 E. 9.3.6 m.H.), muss die Frage der korrekten Konkretisierung der Sorgfaltspflichten im vorliegenden Verfahren jedoch nicht beantworten, da dies für die Beurteilung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Sanktion bzw. für die Beantwortung der Frage, ob eine Verfügung vorliegt oder nicht, unerheblich ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist auch die Genehmigung der Reglemente der SRO durch die

FINMA kein Indiz für das öffentlich-rechtliche Verhältnis der SRO zu ihren Mitgliedern, da dies - wie bereits erwähnt - gesetzlich so vorgesehen ist (vgl. E. 2.3). Immerhin ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass es ihr unbenommen ist, bei der FINMA als Aufsichtsbehörde ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden gegen die Vorinstanz anzustreben.

E. 2.6

Nach dem Gesagten stellt der Entscheid der Vorinstanz vom 29. März 2017 keine Verfügung dar, womit kein Anfechtungsobjekt vorliegt und es an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Das Bundesverwaltungsgericht tritt daher auf den Hauptantrag der Beschwerdeführerin, die Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Sanktionsentscheids mit Bezug auf die Busse in der Höhe von Fr. 4'300'000.- nicht ein. Insofern handelt es sich beim B._____, zumindest soweit der angefochtene Sanktionsentscheid betroffen ist, der keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt, nicht um eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG bzw. Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG. Gleichwohl wird der Begriff "Vorinstanz" zur Bezeichnung des B._____ im vorliegenden Verfahren verwendet, um in Bezug auf die Terminologie der Beschwerde bzw. der weiteren Eingaben Unklarheiten zu vermeiden.

E. 3

Ferner ersucht die Beschwerdeführerin um Erlass anderer Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG. Sie stellt den Antrag, die Vorinstanz sei unter Strafandrohung an die zuständigen (Organe) im Widersetzungsfall gemäss Art. 292 StGB anzuweisen, das Schiedsverfahren gegen die Beschwerdeführerin unverzüglich zu sistieren, bis ein rechtskräftiger Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts zur vorliegenden Beschwerde vorliege. Sie rügt insbesondere, die Vorinstanz missachte die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 10. Oktober 2016 gegen die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 bzw. sie vollstreckte diese.

E. 3.1

Aufgrund des Devolutiveffekts geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand einer mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG). Die Vorinstanz verliert dadurch die Befugnis, sich mit der Sache zu befassen, insbesondere die Befugnis, darüber materiell zu entscheiden (vgl. Hansjörg Seiler, Praxiskommentar VwVG, Art. 54 N 5). Vorbehalten ist einzig die Möglichkeit, die angefochtene Verfügung zu Gunsten des Beschwerdeführers in Wiedererwägung zu ziehen (Art. 58 Abs. 1 VwVG).

E. 3.2

Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Devolutiveffekt im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde vom 10. Oktober 2016 gegen die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 ist im Verfahren B-6225/2016 des Bundesverwaltungsgerichts, welcher die direkte Unterstellung unter die Aufsicht der FINMA tangiert, von Bedeutung. Hingegen kann daraus kein Zusammenhang zum Sanktionsverfahren der Vorinstanz konstruiert werden, das auf der ihr übertragenen staatlichen Kompetenzen im Zeitraum der Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin von 2. August 2006 bis 27. April 2016 basiert und - wie bereits erwähnt (vgl. E. 2.5.1.1) - im Vergleich zum Verfahren B-6225/2016 zeitlich nicht überschneidende Sachverhalte betrifft. Der Sanktionsentscheid der Vorinstanz vollstreckt die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 nicht. Der Rechtsmittelweg gegen den Sanktionsentscheid ist im Schiedsverfahren ohne Einbezug der FINMA

eigenständig geregelt und sieht gemäss § 37 der Statuten der Vorinstanz vor, dass Nichtaufnahme-, Ausschluss- oder Sanktionsentscheide sowie Entscheide über die Bemessung und Auferlegung von Konventionalstrafen und Gebühren des Vorstands, der Prüfstellen und der unabhängigen Untersuchungsbeauftragten mit Beschwerde an das Schiedsgericht weiterziehbar sind, wobei die Entscheide des Schiedsgerichts unter Vorbehalt der Beschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 389 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 2009 (ZPO; SR 272) endgültig sind. Nicht ausgeschlossen ist jedoch - ohne die Sache materiell zu beurteilen oder zu präjudizieren -, dass das Schiedsgericht oder das Bundesgericht zum Schluss käme, der angefochtene Sanktionsentscheid hänge ganz oder teilweise vom Ausgang des Verfahrens B-6225/2016 ab, nachdem die FINMA die Unterstellungspflicht des Postpaid-Abrechnungsverfahrens feststellte und dieser Entscheid nach entsprechendem Weiterzug noch nicht rechtskräftig ist, und das Schiedsverfahren bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in jenem Verfahren sistiert wird. Darauf hinzuweisen ist auch, dass gemäss § 12 Abs. 4 der Statuten der Vorinstanz die Beschwerde des Mitglieds an das Schiedsgericht aufschiebende Wirkung hat und dass - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - die Vorinstanz, die Partei des Schiedsverfahrens ist, dieses nicht selbst sistieren kann. Ferner hat die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 23. Mai 2017 erstmals auf die erfolgte Anmeldung der Beschwerde beim nach den Statuten der Vorinstanz vorgesehenen Schiedsgericht hingewiesen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorgehen, die Anmeldung der Beschwerde beim nach den Statuten der Vorinstanz vorgesehenen Schiedsgericht erst in der Stellungnahme vom 3. Juni 2017 und nicht bereits in der Beschwerde vom 1. Mai 2017 zu erwähnen, zusätzlich Druck auf das Bundesverwaltungsgericht erzeugen wollte, auf die vorliegende Beschwerde einzutreten. Immerhin sei erwähnt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben auch für prozessierende Parteien Geltung hat (vgl. BGE 132 II 113 E. 3.2). Nach dem Gesagten ergibt sich vor dem Hintergrund des im Schiedsverfahren vorgesehenen Instanzenzugs ebenfalls, dass für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde, die sich gegen einen Sanktionsentscheid richtet, nicht das Bundesverwaltungsgericht, sondern das statutarische Schiedsgericht als zuständig erscheint und dass der vom Schiedsgericht getroffene Schiedsspruch bei gegebenen Voraussetzungen an das Bundesgericht weitergezogen werden kann bzw. dass eine Klärung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts bzw. des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich Anfechtbarkeit des Sanktionsentscheids letzten Endes eher vom Bundesgericht zu erwarten wäre, zumal sich das Bundesgericht bisher grundsätzlich als einzige Beschwerdeinstanz für die Beurteilung von Beschwerden gegen Schiedssprüche eines Schiedsgerichts betreffend Streitigkeiten zwischen einer SRO und ihren Mitgliedern in einem Sanktionsverfahren gesehen hat (vgl. Urteile des BGer 5A_202/2012 vom 1. Juni 2012 E. 1.1, 5A_73/2012 vom 26. März 2012 E. 1.1 und 5A_634/2011 vom 16. Januar 2012 E. 1.1).

E. 3.3

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht auf den Hauptantrag der Beschwerdeführerin infolge Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung nicht eintritt, ist auch über die ersuchten vorsorglichen Massnahmen nicht zu entscheiden, zumal auch die Rüge betreffend Missachtung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde vom 10. Oktober 2016 gegen die Verfügung der FINMA vom 9. September 2016 nach dem Gesagten nicht zu hören ist.

E. 4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Auf die Abnahme der beantragten Beweise (Befragungen und Edition von Unterlagen), die im Zusammenhang mit der Eintretensfrage ohne Bedeutung sind, ist zu verzichten.

E. 5

Gemäss Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) richten sich die Verfahrenskosten nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien. Angesichts der angefochtenen Bussenhöhe von Fr. 4'300'000.- sowie unter Berücksichtigung des Aufwands, auch hinsichtlich der Zwischenverfügung vom 8. Mai 2017, und der Schwierigkeit der sich hier stellenden Sach- und Rechtsfragen, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten mit Blick auf die Verfahrenserledigung durch Nichteintreten und dem damit verbundenen reduzierten Aufwand des Bundesverwaltungsgerichts unter Anwendung von Art. 6 Bst. b VGKE auf Fr. 8'000.- festzusetzen (vgl. Urteil des BVGer B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 7).

E. 6

Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und es sind ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Als unterliegende Partei hat sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Was die obsiegende Vorinstanz betrifft, ist ein Entschädigungsanspruch näher zu prüfen. Gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE ist keine Parteientschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Der Rechtsanwalt der Vorinstanz, C._____, ist Präsident des Vorstands der Vorinstanz und steht zu ihr somit in einem Verhältnis, das jenem eines Arbeitsvertrags ähnlich ist. Es entspricht jedenfalls dem Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 2 VGKE, in der vorliegenden Konstellation von einer Parteientschädigung abzusehen (vgl. Urteil des BVGer B-2334/2006 vom 6. September 2007 E. 7.2).

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