Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-3694/2010

Urteil vom 6. April 2011

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Ronald Flury und Philippe Weissenberger,
Gerichtsschreiberin Kinga Jonas.

Parteien

A._____ GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz

Gegenstand

Öffentliche Werbung.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin ist eine GmbH, deren Zweck in der Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Rechts-, Finanz- und Unternehmensberatung besteht. Sie berät und unterstützt insbesondere unabhängige Anlageberater und Vermögensverwalter bzw. Finanzintermediäre im Parabankensektor in aufsichtsrechtlichen Fragen. Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, inskünftig auch als Stellvertreterin ihrer Kunden aufzutreten.

Mit Gesuch vom 27. November 2009 ersuchte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz um Erlass einer Verfügung, in welcher festzustellen sei, dass ein Vermögensverwalter bzw. Finanzintermediär ohne Mitgliedschaft bei einer Branchenorganisation als Fondsvertriebsträger qualifiziert werde, sofern er für seine nicht-qualifizierten Kunden im Rahmen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht zugelassene Fonds bzw. kollektive Kapitalanlagen kaufe.

Nach Durchführung eines Schriftenwechsels, insbesondere zur Frage des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin am Erlass einer Feststellungsverfügung, erliess die Vorinstanz am 26. April 2010 folgende Verfügung:

„1. Es wird festgestellt, dass die A._____ GmbH betreffend ihre beabsichtigte Tätigkeit als Vermögensverwalterin i.S.v. Art. 2 Abs. 3 Bst. e des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0),

a. öffentliche Werbung gemäss Kollektivanlagegesetz betreibt, sofern sie ohne Unterstellung unter die Verhaltensregeln einer Branchenorganisation im Sinn von Art. 6 Abs. 2 Bst. b Kollektivanlageverordnung für ihre Kunden, die nicht qualifizierte Anleger sind, im Rahmen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht zugelassene Fonds bzw. kollektive Kapitalanlagen kauft;

b. die Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c Kollektivanlageverordnung erfüllen muss, selbst wenn sie im Übrigen über eine Vertriebsträgerbewilligung im Sinn von Art. 19 Kollektivanlagengesetz verfügen würde, sofern sie für ihre Kunden, die nicht qualifizierte Anleger sind, im Rahmen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht zugelassene Fonds bzw. kollektive Kapitalanlagen kauft;

2. Es wird festgestellt, dass die A._____, soweit sie reine Anlageberatung vornimmt und nicht qualifizierten Anlegern auf Anfrage kollektive Kapitalanlagen konkret empfiehlt, ohne dabei zum Fondsproduzenten in irgendeiner Beziehung zu stehen,

a. keiner Bewilligung als Vertriebsträgerin im Sinn von Art. 19 Kollektivanlagengesetz bedarf;

b. die Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 Kollektivanlagenverordnung nicht erfüllen muss.

3. Die Kosten der Verfügung von CHF 5'000.- werden der A._____ GmbH auferlegt. Sie werden mit separater Post in Rechnung gestellt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu überweisen."

B.
Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 21. Mai 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie rügt, die Vorinstanz habe ihr Feststellungsbegehren nicht vollumfänglich behandelt. Zudem verletze die angefochtene Verfügung in verschiedener Hinsicht Bundesrecht und die vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- seien zu hoch.

C.
Mit Vernehmlassung vom 6. August 2010 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie erklärt unter Verweis auf die Erwägungen und das Dispositiv ihrer Verfügung, darin werde auf sämtliche Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin eingegangen, weshalb keine Verletzung des Rechtsverweigerungsverbots vorliege. Die Verfahrenskosten seien dem Umfang und der rechtlichen Komplexität der Sache angemessen. Bereits die Prüfung des schutzwürdigen Interesses der Beschwerdeführerin habe eines Schriftenwechsels und einer vertieften juristischen Abhandlung in der Verfügung bedurft. In der angefochtenen Verfügung werde vertieft und umfassend auf die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin eingegangen, was nicht ohne Weiteres aus dem Internet habe übernommen werden können. Man habe zudem aus Verhältnismässigkeitsgründen darauf verzichtet, der Beschwerdeführerin den effektiven Zeitaufwand für die Bearbeitung der Sache vollumfänglich zu belasten.

Mit Replik vom 30. August 2010 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 S. 45, m.w.H.).

1.1. Die angefochtene Verfügung vom 26. April 2010 stellt eine Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten und Betrieben des Bundes erlassen werden (Art. 33 Bst. e VGG). Darunter fällt die von der FINMA als Vorinstanz erlassene Verfügung (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]).

Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist von den angefochtenen Urteilen besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.3. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.
Die Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ersucht, mittels einer feststellenden Verfügung zu bestätigen, dass "ein Vermögensverwalter bzw. Finanzintermediär (im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG) ohne

Mitgliedschaft bei einer Branchenorganisation von der FINMA als Fondsvertriebsträger im Sinne von Art. 19 KAG qualifiziert wird, sofern er für seine nicht qualifizierten Kunden im Rahmen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht zugelassene Fonds bzw. Kapitalanlagen kauft". Zudem sei die Feststellung nicht nur in Bezug auf einen Finanzintermediär i.S.v. Art. 2 Abs. 3 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0) zu treffen, sondern auch in Bezug auf einen "nicht dem GwG unterstellten Anlageberater, der seinen Kunden ganz konkret zugelassene Fonds empfiehlt, ohne hierbei jedoch zum Fondsproduzenten in irgendeiner qualifizierten Beziehung zu stehen".

2.1. Nach Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die sachzuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Nach herrschender Meinung darf die zuständige Behörde in ihrem Kompetenzbereich unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung feststellende Verfügungen erlassen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 7.1; URS GUENG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 Vw[V]G, SJZ 1971, S. 369 ff.; ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung – eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Bernhard Ehrenzeller/Phillippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 230 ff.).

2.1.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt das Instrument der Feststellungsverfügung, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine Rechtslage zu erteilen (vgl. BGE 129 III 503 E. 3.5; GUENG, a.a.O., S. 369, m.w.H.). Sie soll interessierten Personen eine rechtliche Grundlage geben, damit diese im Hinblick auf eine unsichere Rechtslage ihre geschäftlichen oder sonstigen Dispositionen treffen können. So ist eine Feststellung namentlich dann zulässig, wenn diese komplizierte Verhältnisse und eine grosse Anzahl von Rechtsverhältnissen betrifft und wenn die Rechtsfrage wegen besonderer Verhältnisse neuartig ist (vgl. BGE 132 V 257 E. 2.1). Ein strenger Massstab darf an das Erfordernis der Unklarheit indes nicht angelegt werden. Massgebliches Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob Unklarheit über den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-

rechtlicher Rechte und Pflichten besteht, bildet der Gesetzeswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig und unmissverständlich, ist eine Unklarheit auch anzunehmen, wenn der Gesetzessinn durch die Rechtsprechung geklärt ist (vgl. GUENG, a.a.O., S. 374).

Eine Feststellungsverfügung kann als verbindliche behördliche Auskunft nur insoweit geeignet sein, dem Betroffenen hinreichende Gewissheit über den Inhalt einer ihr nachgehenden Gestaltungsverfügung zu vermitteln, als die darin enthaltenen Auskünfte klar und vollständig sind und sich der rechtserhebliche Sachverhalt nach Erlass der Feststellungsverfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändert (vgl. BGE 129 III 503 E. 3.5).

Der Umfang des Feststellungsanspruchs ergibt sich im Einzelfall aus dem Rechtsschutzbedürfnis; ob der Bürger ein Rechtsverhältnis feststellen lassen können soll oder nicht, ist einzig eine Frage der Schutzwürdigkeit seines Feststellungsinteresses (vgl. PETER ALEXANDER MÜLLER, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung [ZWR] 1971, S. 342 ff., 350).

2.1.2. Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist einem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Fehlt hingegen das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1 und 2.3, BGE 129 III 503 E. 3.6, BGE 108 Ib 540 E. 3 und 4/c; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, Rz. 64, S. 243).

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie ein aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Nicht feststellungsfähig ist eine abstrakte Rechtslage theoretischer Natur, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen ergibt. Es darf namentlich nicht Aufgabe staatlicher Behörden sein, Rechtsgutachten zu erstatten (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.2, BGE 130 V 388 E. 2.4 und 2.5, m.w.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 64, S. 243). Ebenso können feststellende Verfügungen nicht als

"Grundsatzentscheidungen" oder "-bewilligungen" gefällt werden, wonach die Behörde bestimmte Begehren grundsätzlich in dieser oder jener Weise behandeln soll. Insbesondere kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (vgl. KLEY, a.a.O., S. 238; MÜLLER, a.a.O., S. 348 Fn. 26). Feststellungsbegehren, die auf die Klärung abstrakter, rein theoretischer Rechtsfragen abzielen, ist ein aktuelles, konkretes und selbstständiges Interesse abzusprechen, weshalb auf solche nicht einzutreten ist.

Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann. Insofern besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 126 II 300 E. 1c; VPB 60.57; GUENG, a.a.O., S. 373; KLEY, a.a.O., S. 239, 241, 243 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 64, S. 243).

Als schutzwürdiges Interesse fällt namentlich in Betracht, ob der Gesuchsteller bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (vgl. BGE 108 Ib 540 E. 3; GUENG, a.a.O., S. 373 ff.; KLEY, a.a.O., S. 237 f.; MÜLLER, a.a.O., S. 352). Das Bundesgericht hat es nicht als zulässig erachtet, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die richterliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte (vgl. BGE 97 I 852 E. 3b; GUENG, a.a.O., S. 374; KLEY, a.a.O., S. 233 Fn. 28).

Ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 25 Abs. 2 VwVG kann mithin auch an der Feststellung künftiger öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten bestehen, sofern diese im Zeitpunkt des Feststellungsbegehrens schon hinreichend bestimmt sind (vgl. BGE 121 II 479 f. E. 2d, BGE 108 Ib 546 E. 3).

2.2. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin besteht unter anderem in der Beratung von Finanzintermediären beim Kauf kollektiver Kapitalanlagen im Rahmen allgemeiner Vermögensverwaltungsvollmachten. Die

Beschwerdeführerin beabsichtigt zudem, als Stellvertreterin ihrer Kunden aufzutreten, was zur Folge haben wird, dass sie selbst als Finanzintermediärin i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG tätig sein wird.

Mit Bezug auf die Frage ihres schutzwürdigen Interesses hat die Beschwerdeführerin auf Nachfrage der Vorinstanz erklärt, der von ihr eingereichte Mandatsvertrag mit einem Finanzintermediär belege, dass sie Finanzintermediäre nicht nur aufsichtsrechtlich beraten wolle, sondern konkrete Schritte unternommen habe, um ihre Tätigkeit als Finanzberaterin für Finanzintermediäre auszubauen. Im Hinblick auf die Anlageberatung betreffend Fonds habe sie ihr Vorhaben jedoch auf Grund der neuen Praxis der Vorinstanz per 30. September 2009 vorerst sistiert. Ferner belege der Mandatsvertrag, dass sie auch die Stellvertretung von kleineren Finanzintermediären beabsichtige, was allenfalls die Mitgliedschaft in einer Branchenorganisation voraussetze. Auch dieses Vorhaben habe sie auf Grund der neuen Praxis vorerst sistiert.

2.2.1. Der Beschwerdeführerin geht es mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass

"ein Vermögensverwalter bzw. Finanzintermediär (im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG) ohne Mitgliedschaft bei einer Branchenorganisation von der FINMA als Fondsvertriebsträger im Sinne von Art. 19 KAG qualifiziert wird, sofern er für seine "nicht qualifizierten" Kunden im Rahmen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht zugelassene Fonds bzw. Kapitalanlagen kauft",

sinngemäss darum, in verbindlicher und anfechtbarer Form zu erfahren, welche Voraussetzungen sie erfüllen muss, wenn sie als Vermögensverwalterin i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG ohne Mitgliedschaft bei einer Branchenorganisation für nicht-qualifizierte Kunden gestützt auf eine allgemeine Vermögensverwaltungsvollmacht Fonds kauft.

Bestand, Nichtbestand bzw. Umfang der die Beschwerdeführerin als Vermögensverwalterin betreffenden öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten können nicht ohne Weiteres dem Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen entnommen werden. Vielmehr ergibt sich die Antwort auf die von der Beschwerdeführerin sinngemäss gestellte Frage, welche Voraussetzungen sie unter den von ihr dargelegten Umständen – d.h. beim Kauf von Kapitalanlagen für nicht-qualifizierte Kunden im Rahmen allgemeiner Vermögensverwaltungsvollmachten ohne Mitgliedschaft bei

einer Branchenorganisation – zu erfüllen hat, erst aus dem Zusammenspiel verschiedener Rechtsgrundlagen und Auslegungselemente. Damit ist die Unklarheit der Rechtslage im vorliegenden Fall zu bejahen.

2.2.2. Dadurch, dass die Beschwerdeführerin ihr ursprüngliches Feststellungsbegehren auf einer abstrakten Ebene formuliert hat und ihr individuelles Interesse an der Feststellung erst auf Aufforderung der Vorinstanz gewissermassen "nachgereicht" hat, entsteht der Eindruck, dass ihr Ersuchen auf die Beantwortung einer rechtlichen Grundsatzfrage bzw. auf die Klärung einer abstrakten Rechtslage abzielt. Wie sie selbst ausführt, sei tatsächliches Ziel ihres Feststellungsbegehrens, sich gegen die den Tätigkeitsbereich unabhängiger Vermögensverwalter betreffende neue Auslegungspraxis der Vorinstanz zur Wehr zu setzen. Es sei Aufgabe der Vorinstanz, die in diesem Zusammenhang zentralen Begriffe in einer kundenfreundlichen Art "zu thematisieren bzw. genauer zu umschreiben".

Auf Grund dieses Umstands ist der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der gestellten Rechtsfrage nicht abzusprechen, ist es doch möglich, dass eine abstrakte rechtliche Grundsatzfrage bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses mit einer Feststellungsverfügung mitbeantwortet wird.

Ebenso wenig spricht gegen die Zulässigkeit des Begehrens, dass die Rechtsfrage mit der Auslegung einzelner, bisweilen in verschiedenen Rechtsgrundlagen geregelten Tatbestandselementen verknüpft ist. Ein Feststellungsanspruch ist vielmehr erst dann zu verneinen, wenn objektiv besehen kein schutzwürdiges Interesse an der Klärung einer Rechtsfrage erkennbar ist.

2.2.3. Die Vorinstanz erklärt, die Beschwerdeführerin riskiere ohne die verbindliche Feststellung, ob ihre Tätigkeit – die research-basierte Beratung von Finanzintermediären beim Kauf von Finanzmarktanlagen für ihre Kunden – weiterhin in der bestehenden Form angeboten werden dürfe, nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen. Wäre diese nämlich als bewilligungspflichtig zu qualifizieren, würden der Beschwerdeführerin Sanktionen gemäss Art. 148 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) drohen, falls sie das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Werbung erfüllte und ohne Bewilligung tätig wäre. Die Beschwerdeführerin beabsichtige

zudem, selbst als Finanzintermediärin i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG tätig zu werden, indem sie als Stellvertreterin ihrer Kunden auftreten wolle. Deshalb müsse sie wissen, welchen Anforderungen sie selbst als Finanzintermediärin genügen müsse. Sollte diese Tätigkeit ebenfalls als bewilligungspflichtig qualifiziert werden, würden der Beschwerdeführerin auch in diesem Fall Sanktionen drohen, falls sie ohne Bewilligung tätig wäre. Damit sei das Interesse der Beschwerdeführerin an der Klärung der Unterstellungspflicht individuell-konkret und aktuell und ihr schutzwürdiges Interesse auch diesbezüglich zu bejahen. Ob hinsichtlich der reinen Beratung von Finanzintermediären ein schutzwürdiges Interesse gegeben sei, könne offen bleiben, da auf das Feststellungsbegehren ohnehin einzutreten sei.

Angesichts der Hauptfunktion der Feststellungsverfügung, nämlich der Beseitigung von Unklarheiten in der Rechtsstellung des Einzelnen zur Gewährleistung von Rechtssicherheit, kann der Vorinstanz beigepflichtet werden, dass die Beschwerdeführerin wegen der Gefahr möglicher Sanktionen ein schutzwürdiges Interesse daran zuzubilligen ist, zu erfahren, ob ihre bisherige Tätigkeit weiterhin in der angebotenen Form zulässig ist bzw. unter welchen Voraussetzungen ihre beabsichtigte Tätigkeit zulässig ist.

2.3. Näher zu untersuchen ist vorliegend die Frage, ob der Verfügungsgegenstand und damit die von der Beschwerdeführerin gestellte Rechtsfrage hinreichend feststellungsfähig sind, um die Frage nach der Zulässigkeit ihrer aktuellen und beabsichtigten Tätigkeit beantworten und damit Rechtssicherheit schaffen zu können. Im Feststellungsverfahren, das stets zu einem unzweideutigen Ergebnis zu führen hat, war die Vorinstanz nämlich nur insoweit befugt, eine Beurteilung vorzunehmen, als ein hinreichend konkretisiertes, umfassend dargestelltes bzw. dokumentiertes Vorhaben der Beschwerdeführerin vorlag, dessen finanzmarktaufsichtsrechtlichen Auswirkungen hinreichend voraussehbar waren.

Wie bereits aus dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 VwVG ersichtlich, ist es nicht Aufgabe einer Verwaltungsbehörde, von sich aus nach etwaigen schutzwürdigen Interessen der um Feststellung ersuchenden Person zu forschen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 20 zu Art. 25). Vielmehr oblag es im Rahmen ihrer gesetzlichen Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin, den ihrem

Feststellungsbegehren zu Grunde liegenden Sachverhalt derart schlüssig darzutun, dass die Vorinstanz diesen auf seine aufsichtsrechtlichen Implikationen hin überprüfen konnte. Diese Pflicht setzt eine substantiierte Darstellung der aktuellen und künftigen Geschäftstätigkeiten der Beschwerdeführerin voraus.

Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob der von der Beschwerdeführerin dargestellte Sachverhalt in seinen Auswirkungen klar und unzweideutig unter die anwendbaren Rechtsnormen subsumierbar ist. Nur so war die Vorinstanz in der Lage, die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten verbindlich festzustellen. Die Vorinstanz äussert sich zu dieser Frage nicht.

2.3.1. Die Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.2, BGE 130 V 388 E. 2.3). "Individuell" bedeutet, dass sich die Verfügung nur an einen oder an eine bestimmte Zahl von Adressaten richtet. "Konkret" heisst, dass die Verfügung eine bestimmte Zahl von Fällen regelt. Als Verfügung gilt auch die Feststellungsverfügung, die lediglich bestehende Rechte und Pflichten autoritativ feststellt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b, Art. 25 und Art. 25*a* VwVG).

Entsprechend den Strukturmerkmalen des Verfügungsbegriffs haben Feststellungsverfügungen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG demnach gleich wie Gestaltungs- und Leistungsverfügungen stets zweifelsfrei bestimmbare sowie eindeutige individuell-konkrete Rechte und Pflichten, d.h. Rechtsfolgen, zum Gegenstand. Rechtsverhältnisse, welche für den Einzelfall verschiedene Lösungsmöglichkeiten offen lassen, fallen nicht darunter (vgl. BGE 102 V 148 E. 1).

Ziel der von der Beschwerdeführerin beantragten Feststellung war es, über ihre Verpflichtungen als unabhängige Vermögensverwalterin beim Kauf kollektiver Kapitalanlagen für ihre nicht-qualifizierten Kunden orientiert zu werden.

2.3.2. Zunächst ist festzuhalten, dass der Umstand, dass sich aus der beantragten Feststellung auch allgemeinere Auswirkungen, namentlich eine Präjudizwirkung für andere Fälle, ergeben können, nichts am individuell-konkreten Charakter des Feststellungsbegehrens ändert. Dies

ist lediglich Folge dessen, dass es sich um einen Fall mit Pilotcharakter handelt. Ebenso wenig ändert am konkreten Charakter des Begehrens, dass die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit nur beispielhaft mit einem einzigen Mandatsvertrag untermauert hat, in welchem die Identität des Kunden zudem anonymisiert ist. Es kann nicht erwartet werden, dass ein Finanzberater sämtliche seiner Kunden auflistet, um von der zuständigen Behörde die Zulässigkeit einer bestimmten Verhaltensweise in verbindlicher Form in Erfahrung bringen zu können. Vielmehr sind im Lichte der ratio legis von Art. 25 VwVG zu Gunsten der Rechtssicherheit und der Ausräumung von rechtlichen Unklarheiten keine allzu hohen Anforderungen an den konkreten Einzelfallbezug und an dessen Dokumentierung zu stellen. Deshalb ist vorliegend als genügend zu erachten, dass die Beschwerdeführerin darlegt, dass sie mit nach den einschlägigen gesetzlichen Gattungsmerkmalen genau definierten Kunden künftig Rechtsbeziehungen zu unterhalten beabsichtigt, deren Voraussetzung bzw. Rechtsfolge sie in verbindlicher Form in Erfahrung bringen will. Im Rahmen des einem Feststellungsbegehren folgenden behördlichen Subsumptionsvorgangs besteht ausreichend Spielraum, um allfällige abstrakte Rechtsfragen vom konkreten, feststellungsfähigen Einzelfall zu trennen. Was die einzelfallbezogene Auslegung der mit Auslegungsunsicherheit behafteten Tatbestandselemente, wie beispielsweise „qualifizierter Anleger“, angeht, so hat diese nicht zwingend bereits im Feststellungsverfahren stattzufinden, sondern kann auch erst im Rahmen eines allfälligen Sanktionsverfahrens erfolgen, ohne dass der konkrete Charakter des Begehrens verloren ginge. Gleiches gilt für die Überprüfung des Vorliegens der verschiedenen Bedingungen, an welche die von der Beschwerdeführerin beantragte Feststellung geknüpft ist.

Auf Grund dieser Erwägungen ist vorliegend davon auszugehen, dass das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin auch ohne die Darlegung eines konkreten Kaufs für einen konkreten Kunden den Anforderungen an einen individuell-konkreten Hoheitsakt genügt und die Beschwerdeführerin damit nicht nur um die Beurteilung einer abstrakten Rechtslage, wie sie für eine Vielzahl von Personen und Sachverhalten gilt, ersucht hat.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 25 Abs. 2 VwVG ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Feststellung nachzuweisen vermag. Ebenfalls ist der Vorinstanz darin

beizupflichten, dass damit die Frage, ob die Beschwerdeführerin aufgrund der Tatsache, dass sie Finanzintermediäre aufsichtsrechtlich berät, ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung habe, offen bleiben kann.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung hätte wahren können, da die Erteilung einer Bewilligung nicht Gegenstand ihrer Begehren war. Weil erst eine allfällige spätere Sanktionsverfügung wegen Verstosses gegen das KAG rechtsgestaltend wäre, spricht vorliegend auch der subsidiäre Charakter des Feststellungsanspruchs nicht gegen den Erlass der angefochtenen Feststellungsverfügung.

Aus diesen Gründen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin eingetreten ist.

3.
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz sei auf ihr Feststellungsbegehren nicht umfassend eingegangen. Aus ihren Eingaben im vorinstanzlichen Verfahren gehe eindeutig hervor, dass es ihr nicht, wie die Vorinstanz festhalte, darum gegangen sei, unabhängige Vermögensverwalter automatisch als Fondsvertriebsträger qualifizieren zu lassen. Vielmehr habe sie in Erfahrung bringen wollen, ob die bisher nicht vom KAG erfasste Tätigkeit unabhängiger Vermögensverwalter von der Vorinstanz neu mit dem bewilligungspflichtigen Fondsvertrieb i.S.v. Art. 19 KAG gleichgesetzt werde. Zudem habe sie erfahren wollen, wie die Vorinstanz die Empfehlung von Fonds durch einen nicht dem GwG unterstellten Anlageberater ohne Aufforderung des Kunden qualifiziere.

3.1. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (vgl. BGE 134 I 83 E.4.1, BGE 124 I 49 E. 3a, BGE 124 I 241 E. 2, m.w.H.).

3.1.1. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet sich unter anderem auch die Pflicht der Behörden ab, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1

VwVG; vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen der Parteien zu befassen und Entscheide zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können (vgl. FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf, N. 10 zu Art. 35). In diesem Sinne müssen wenigstens die Überlegungen, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt, kurz genannt werden. Dies bedeutet indessen nicht, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen müsste. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat demnach in der Begründung ihres Entscheids diejenigen Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen (vgl. BGE 133 III 439 E. 3.3; BGE 130 II 530 E. 4.3; BGE 129 I 232 E. 3.2; BGE 126 I 97 E. 2b; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff., m.w.H.).

3.1.2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, was bedeutet, dass eine Verletzung desselben grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1). Ausnahmsweise ist nach der Rechtsprechung die Heilung einer Gehörsverletzung zwar möglich, dies jedoch nur, wenn es sich um eine nicht besonders schwer wiegende Verletzung handelt (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2, m.w.H.).

3.2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe entgegen ihrem ausdrücklichen Begehren keine einzige Aussage zum Zusammenhang zwischen der Tätigkeit eines Fondsvertriebsträgers und derjenigen eines klassischen Vermögensverwalters bzw. Anlageberaters gemacht. Stattdessen habe sie ihr Begehren in Erwägung Ziff. 44 zurückgewiesen und in Ziff. 1b des Dispositivs eine Feststellung zu einem nicht relevanten Sachverhalt getroffen.

3.2.1. Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung. Nach der

Rechtsprechung schadet eine sichtlich ungewollte oder unbeholfene Wortwahl eines Rechtsuchenden diesem ebenso wenig wie eine nicht geglückte oder rechtsirrtümliche Ausdrucksweise. Es genügt, wenn der Beschwerde insgesamt entnommen werden kann, was rechtlich verlangt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_251/2009 vom 15. Mai 2009 E. 1.3, m.w.H.).

Aus den vorinstanzlichen Akten geht eindeutig hervor, dass es Ziel des Feststellungsbegehrens der Beschwerdeführerin war, zu erfahren, wie die Vorinstanz ihre beabsichtigte Tätigkeit als unabhängige Vermögensverwalterin (Kauf von Fonds gestützt auf eine allgemeine Vermögensverwaltungsvollmacht) unter den dargestellten Umständen (nicht-qualifizierter Kunde, keine Mitgliedschaft des unabhängigen Vermögensverwalters in einer Branchenorganisation) qualifiziert und ob die Vorinstanz diese Tätigkeit mit dem "Fondsvertrieb" i.S.v. Art. 19 KAG gleichsetzt. Die Beschwerdeführerin hat ihr Feststellungsbegehren zwar insofern etwas unpräzis formuliert, als sie beantragt hat, es sei zu bestätigen, dass ein Vermögensverwalter unter bestimmten Umständen "von der FINMA als Fondsvertriebsträger im Sinne von Art. 19 KAG qualifiziert wird …". Diese Formulierung kann und darf jedoch nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Beschwerdeführerin, wie die Vorinstanz erklärt, "automatisch" als Fondsvertriebsträgerin habe qualifiziert werden wollen oder dass sie um die Erteilung einer solchen Bewilligung ersucht hätte.

Auf Grund des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 19. Oktober 2009 und dem diesen beigelegten Schreiben mit dem Titel "Bin ich Fondsvertriebsträger?" wäre es für die Vorinstanz ohne Weiteres erkennbar gewesen, dass das zentrale Anliegen des Feststellungsbegehrens der Beschwerdeführerin darin bestand, zu erfahren, ob der Kauf von Fonds gestützt auf eine Vermögensverwaltungsvollmacht durch einen unabhängigen Vermögensverwalter unter die Begriffe "anbietet" und "vertreibt" i.S.v. Art. 19 KAG zu subsumieren ist. So führt die Beschwerdeführerin in diesem Schreiben aus, dass gemäss Art. 19 KAG als Fondsvertriebsträger gelte, wer mittels öffentlicher Werbung Fondsanteile anbiete oder vertreibe. Deshalb sei die von unabhängigen Vermögensverwaltern häufig gestellte Frage, ob der Kauf von Fonds für ihre Kunden neuerdings tatsächlich als bewilligungspflichtiger Fondsvertrieb gelte, berechtigt (vgl. 009 Vorakten). Des Weiteren hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 17. November 2009 (006 Vorakten) ausdrücklich darauf aufmerksam

gemacht, dass Ziff. 3 ihres Schreibens "Bin ich Fondsvertriebsträger" mit dem FINMA-RS 2008/8 und den FAQ auf der Homepage der Vorinstanz nicht im Einklang stehe. An dieser Stelle weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass gemäss FINMA-RS dann keine öffentliche Werbung vorliege, wenn der Kunde den Zeichnungsauftrag für einen bestimmten Fonds aus eigener Initiative ergreife. Damit betreibe ein unabhängiger Vermögensverwalter keine Werbung, da der Kunde durch das Ausstellen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht die Initiative zum Kauf der fraglichen Fonds indirekt selbst ergreife.

Aus alledem erhellt, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Feststellungsbegehren in Erfahrung bringen wollte, ob und weshalb ihre Tätigkeit als unabhängige Vermögensverwalterin von der Vorinstanz neuerdings unter die Bestimmung von Art. 3 KAG subsumiert werde, und zwar insbesondere, weshalb das "Kaufen" von Fonds gestützt auf eine Vermögensverwaltungsvollmacht als "Werbung" qualifiziert werde.

3.2.2. Gemäss Art. 3 KAG gilt als öffentliche Werbung jede Werbung, die sich an das Publikum richtet. Nicht als Werbung zu qualifizieren ist namentlich die von beaufsichtigten Finanzintermediären erstellte Publikation von Preisen, Kursen und Inventarwerten. Die Werbung gilt als nicht öffentlich, wenn sie sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG richtet.

Der Begriff "öffentliche Werbung" im Sinne des KAG lässt sich in zwei Teilbegriffe aufteilen, die beide ihre zentrale Bedeutung haben. Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Teilbegriff "Werbung" seine eigenständige Bedeutung hat. Erst wenn Werbung vorliegt, ist die zweite Frage erlaubt, ob diese öffentlich ist oder nicht. Nur wenn Werbung i.S.v. Art. 3 KAG vorliegt, ist das Kriterium der Öffentlichkeit überhaupt noch zu prüfen (vgl. RENÉ BÖSCH, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/René Bösch/François Rayroux/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, Basel 2009, N 9 zu Art. 3 KAG).

Werbung liegt dann vor, wenn eine Tätigkeit darauf abzielt, direkt oder indirekt auf eine kollektive Kapitalanlage aufmerksam zu machen und diese abzusetzen und zu vertreiben. Es ist immer danach zu fragen, wer bzw. wessen Verhalten ursächlich, d.h. kausal, für das Interesse eines Kunden an einer bestimmten Anlage war, welches zum Investitionsentscheid führt. Dementsprechend kann keine Werbung vorliegen, wenn die Initiative zum Erwerb vom Kunden selbst ausgeht;

dabei fehlt es am Angebot bzw. am Vertrieb. Konsequenterweise stellt auch der Kauf von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen durch Vermögensverwalter auf Rechnung ihrer Kunden keine Werbung dar, wenn dieser Kauf auf Initiative des Vermögensverkehrs hin und auf Grundlage eines schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrags erfolgt ist; in einem solchen Fall fehlt es an der Initiative bzw. an der Mitwirkung des Kunden und in der Regel auch an der Wahrnehmbarkeit durch diesen. Das KAG schränkt indessen diese logisch-konsequente Lösung im Zusammenhang mit dem Verweis in Art. 3 Satz 3 auf qualifizierte Anleger dahingehend ein, dass der Vermögensverwaltungsvertrag mit einem beaufsichtigten Finanzintermediär gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. a KAG abgeschlossen sein muss. Der Bundesrat hat immerhin von seiner Kompetenz gemäss Art. 10 Abs. 4 KAG Gebrauch gemacht und in Art. 6 Abs. 2 KAG auch unabhängige Vermögensverwalter als zulässige Gegenpartei für qualifizierte Anleger anerkannt. Wenngleich es aus dem Gesichtswinkel des Anlegerschutzes heraus verständlich sein mag, dass an die Gegenpartei eines solchen Vertragsverhältnisses gewisse Anforderungen gestellt werden, sollte es konsequenterweise nur darauf ankommen, dass die Initiative von einem Dritten, hier einem Vermögensverwalter, ausgeht, und nicht darauf, wie dieser beaufsichtigt und reguliert wird (vgl. BÖSCH, a.a.O., N. 12 ff. zu Art. 3 KAG).

3.2.3. Die Vorinstanz erklärt in ihrer Vernehmlassung, der angefochtene Entscheid äussere sich in den in Ziff. 1 des Dispositivs sowie in den Rz. 20 bis 44 der Erwägungen zu der Tätigkeit der Beschwerdeführerin als Vermögensverwalterin.

Zu der Frage, weshalb die Vorinstanz den Erwerb kollektiver Kapitalanlagen durch einen unabhängigen Vermögensverwalter i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG gestützt auf eine allgemeine Vermögensverwaltungsvollmacht im Namen und auf Rechnung des Kunden als "Werbung" i.S.v. Art. 3 KAG qualifiziert, lässt sich der Begründung der angefochtenen Verfügung jedoch nichts entnehmen. Stattdessen legt die Vorinstanz nur dar, unter welchen Umständen und weshalb der Teilbegriff "öffentlich" erfüllt sei, wenn es sich beim Kunden um einen nicht qualifizierten Anleger handelt.

In den Rz. 35 bis 41 der Erwägungen erläutert die Vorinstanz zwar die Unterschiede zwischen Einkaufs- und Verkaufsvermittlung ausführlich und erklärt, dass Vertriebsträger i.S.v. Art. 19 KAG als Verkaufsvermittler und unabhängige Vermögensverwalter, die unter die Einkaufsvermittler

zu subsumieren seien, nicht die gleiche Tätigkeit ausführten. In Ziff. 42 der Erwägungen stellt sie schliesslich fest, dass aus der vom Gesetz- und Verordnungsgeber vorgegebenen Systematik der Art. 3 KAG und Art. 6 Abs. 2 KKV folge, dass, sofern ein Vermögensverwalter den Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c KKV nicht genüge, öffentliche Werbung vorliege, wenn er auf Rechnung seiner Kunden, die nicht qualifizierte Anleger seien, Anteile einer kollektiven Kapitalanlage erwerbe.

Auf Grund dieser Ausführungen der Vorinstanz bleibt die Frage offen, weshalb das "Kaufen" und "Empfehlen" von Fonds durch Vermögensverwalter gestützt auf eine allgemeine Vermögensverwaltungsvollmacht ebenso als "Werbung" zu qualifizieren sei, wie das "Anbieten" und "Vertreiben" durch Vertriebsträger. Gerade weil sie die Unterschiede zwischen Einkaufs- und Verkaufsvermittlung derart betont, hätte die Vorinstanz umso ausführlicher begründen müssen, weshalb diese Tätigkeiten mit Bezug auf den Begriff "Werbung" i.S.v. Art. 3 KAG gleichzusetzen seien. Die Beantwortung dieser Frage war zentrales Anliegen des Feststellungsbegehrens der Beschwerdeführerin. Ebenso wenig äussert sich die Vorinstanz zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass der Erwerb von Fonds durch einen unabhängigen Vermögensverwalter gemäss dem Rundschreiben 2008/8 deshalb keine Werbung darstelle, weil der Kunde durch das Ausstellen der Vermögensverwaltungsvollmacht die Initiative zum Kauf der fraglichen Fonds indirekt selbst ergreife.

Damit zeigt die Begründung der angefochtenen Verfügung entgegen der Behauptung der Vorinstanz nicht auf, ob und inwiefern diese sich mit dem vorliegend entscheidwesentlichen Teilbegriff "Werbung" i.S.v. Art. 3 KAG befasst hat. Dieser wäre jedoch zentrales, rechtliches Vorbringen der Beschwerdeführerin gewesen.

3.2.4. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz es auch im Beschwerdeverfahren unterlassen hat, eine diesbezügliche Begründung nachzuliefern, obwohl die Beschwerdeführerin in der Beschwerde erneut vorgebracht hat, dass gemäss FINMA-RS 2008/8 keine Werbung vorliege, wenn ein Kunde aus eigener Initiative eine Fondsberatung wünsche bzw. den Zeichnungsauftrag für einen bestimmten Fonds erteile. Dies sei zumindest indirekt der Fall, wenn ein Vermögensverwalter seinen Kunden im Rahmen seine Mandats Fonds empfehle oder für diese kaufe. Sowohl durch das Unterschreiben eines

Beratungsmandats als auch durch das Ausstellen einer allgemeinen Vermögensverwaltungsvollmacht ergreife der Kunde selbst die Initiative dafür, dass ihm Fonds empfohlen oder solche für ihn gekauft würden. Damit sei das Tätigwerden unabhängiger Anlageberater bzw. Vermögensverwalter gestützt auf einen Mandatsvertrag keine "Werbung" und damit auch keine öffentliche Werbung. Ferner könnten die Begriffe "anbieten" und "vertreiben" i.S.v. Art. 19 KAG nicht gleichgesetzt werden mit der Tätigkeit eines Vermögensverwalters, der seinen Kunden unter den genannten Umständen im Rahmen eines Mandats Fonds "empfehle" und solche in die Depots "kaufe". Während sich der Fondsvertrieb dadurch auszeichne, dass der Kunde aktiv und systematisch zum Kauf animiert werde, erfolgten die Beratung für und der Kauf von Fonds in der klassischen Anlageberatung bzw. Vermögensverwaltung in aller Regel bloss gelegentlich und ohne jeglichen Abschlussdruck. Während demnach zwischen dem Vermögensverwalter und seinem Kunden kaum Interessenskonflikte entstehen könnten, sei dies beim Fondsvertrieb nicht gewährleistet, da die Anbieter von Fonds ein grosses Interesse daran hätten, dass ihre Fondsvertriebsträger möglichst viele Fondsanteile an die Kunden absetzten, was nicht nur durch ein attraktives Provisionssystem, sondern vielfach auch durch begleitende Schulungen und Werbeunterstützung erreicht werde. Demgegenüber bestehe beim unabhängigen Vermögensverwalter, der mal diesen, mal jenen Fonds empfehle oder kaufe, keine den Fondsvertrieb qualifizierende, enge Beziehung und Anbindung an den Fondsanbieter, weshalb dessen Tätigkeit auch nicht mit derjenigen des Fondsvertriebsträgers gleichgesetzt werden dürfe. Schliesslich stünden die vor allem in der klassischen Vermögensverwaltung üblichen Rückvergütungen bzw. Retros nach der neueren Rechtsprechung dem Anlagekunden zu und müssten diesem gegenüber offen gelegt werden. Dies trage ebenfalls dazu bei, dass bei Fondskäufen Interessenskonflikte weitgehend ausgeschlossen werden könnten. Aus alledem folge, dass die Vorinstanz ihr Ermessen bezüglich der Begriffe "öffentliche Werbung" und "Fondsvertrieb" in unrechtmässiger Weise überschreite, wenn sie die klassische, mandatsbasierte Tätigkeit eines unabhängigen Anlageberaters oder Vermögensverwalters im Zusammenhang mit Fonds als "anbieten" oder "vertreiben" bzw. als "öffentliche Werbung" qualifiziere und diese damit in die Nähe zum bewilligungspflichtigen Fondsvertrieb rücke.

Mit Bezug auf diese Vorbringen der Beschwerdeführerin erklärt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung nur, dass sie an ihren Ausführungen

in Rz. 20 bis 33 der angefochtenen Verfügung festhalte. Zudem weist sie erneut darauf hin, dass vorliegend die Problematik der Einkaufsvermittlung und nicht diejenige der Verkaufsvermittlung zu beurteilen sei.

3.2.5. Zusammenfassend ist auf Grund der vorangehenden Erwägungen festzuhalten, dass der Teilbegriff "Werbung" unabdingbare Voraussetzung für die weitere Prüfung von Art. 3 KAG ist und das Hauptanliegen des Feststellungsbegehrens der Beschwerdeführerin darin bestand, zu erfahren, wie die Vorinstanz ihre beabsichtigte Tätigkeit im Lichte dieses Begriffs qualifiziert.

Mangels Auseinandersetzung der Vorinstanz mit dem Teilbegriff "Werbung" i.S.v. Art. 3 KAG gelangt das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf Ziff. 1 Bst. a des Dispositivs der angefochtenen Verfügung und den dazugehörigen Erwägungen zum Schluss, dass die Vorinstanz ihre Begründungs- und – soweit ersichtlich – auch ihre Prüfungspflicht verletzt hat.

3.2.6. Da die Heilung einer Gehörsverletzung nur dann möglich ist, wenn es sich um eine nicht besonders schwer wiegende Verletzung handelt, stellt sich als nächstes die Frage nach der Schwere der Gehörsverletzung. Die fehlende Begründung der Vorinstanz mit Bezug auf den Teilbegriff "Werbung" i.S.v. Art. 3 KAG ist aus mehreren Gründen als schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu qualifizieren.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend um die Beurteilung der Rechtmässigkeit einer Feststellungsverfügung geht, deren Hauptfunktion in der Beseitigung von Unklarheiten in der Rechtsstellung des Einzelnen zur Gewährleistung von Rechtssicherheit besteht. Zudem hat die Vorinstanz das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin an der Feststellung, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ihre beabsichtigte Tätigkeit zulässig ist, insbesondere wegen der Gefahr einer möglichen Sanktion i.S.v. Art. 148 KAG bejaht. Schliesslich handelt es sich bei der angefochtenen Feststellung um einen Entscheid mit Pilotcharakter und Präjudizwirkung für andere Fälle. Aus diesen Gründen ist vorliegend der Begründung der angefochtenen Verfügung im Lichte der ratio legis von Art. 25 VwVG zu Gunsten der Rechtssicherheit und Ausräumung rechtlicher Unsicherheiten ein hoher Stellenwert einzuräumen.

Des Weiteren betrifft die Auslegung des Begriffs "öffentliche Werbung" i.S.v. Art. 3 KAG eine in der Lehre und Rechtsprechung umstrittene Rechtsfrage. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, wenn sie geltend macht, dass es Aufgabe der Vorinstanz als Fachbehörde gewesen wäre, sich mit diesem Begriff eingehend auseinander zu setzen und ihren Überlegungen in der angefochtenen Verfügung Ausdruck zu verleihen. Da der Vorinstanz zudem, wie sie selbst betont, bei der Auslegung von Fachfragen ein erhebliches technisches Ermessen zusteht, sind an ihre Begründungspflicht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch umso höhere Anforderungen zu stellen (vgl. BGE 132 I 58 E. 6.2, m.w.H.).

3.2.7. Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass es sich bei der festgestellten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör um eine schwerwiegende Verletzung handelt, weshalb diese im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden kann.

3.3. Mit Bezug auf Ziff. 2 des Dispositivs bzw. das Begehren betreffend ihre Tätigkeit als Anlageberaterin bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz treffe darin bezüglich der Empfehlung von Kapitalanlagen auf Anfrage des Kunden eine unbestrittene Feststellung, anstatt die Rechtslage mit Bezug auf Empfehlung *ohne* Anfrage des Kunden zu klären.

3.3.1. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Feststellungsbegehren zwar nicht ausdrücklich darum ersucht hat, die Rechtslage betreffend Anlageberatung bezüglich Empfehlung von Anlagen *ohne* Anfrage des Kunden festzustellen. Mit Schreiben vom 14. Januar 2010 hat sie ihr Rechtsbegehren jedoch dahingehend ergänzt, dass die beantragte Feststellung nicht nur in Bezug auf einen Finanzintermediär i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG zu treffen sei, sondern ebenfalls in Bezug auf einen nicht dem GwG unterstellten Anlageberater, der seinen Kunden ganz konkret zugelassene Fonds empfehle, ohne dabei in irgendeiner qualifizierten Beziehung zum Fondsproduzenten zu stehen.

Sinngemäss ist aus der Ergänzung des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin jedoch ersichtlich, dass es dieser bei der Klärung der Rechtslage betreffend Anlageberatung analog zu derjenigen betreffend unabhängige Vermögensverwalter um die Beantwortung der Frage geht, ob die Empfehlung von Fonds ohne Anfrage des Kunden durch einen

Anlageberater als Fondsvertrieb und damit als Verkaufsvermittlung i.S.v. Art. 19 KAG zu qualifizieren sei, und – falls ja – weshalb.

Damit kann der Beschwerdeführerin darin beigepflichtet werden, dass die Vorinstanz in Ziff. 2 des Dispositivs ihrer Verfügung eine unbestrittene Feststellung trifft, wenn sie festhält, dass die Empfehlung von Fonds durch einen Anlageberater auf Anfrage des Kunden keinen Fondsvertrieb i.S.v. Art. 19 KAG darstelle.

3.3.2. Die Vorinstanz erklärt in der Vernehmlassung, der angefochtene Entscheid äussere sich in Ziff. 2 des Dispositivs bzw. Rz. 45 bis 47 der Erwägungen zu der Frage der Anlageberatung ohne Unterstellung unter das GwG.

In Rz. 46 ihrer Erwägungen erklärt die Vorinstanz, Anlageberater hätten sich bei ihrer Beratungstätigkeit jeglicher öffentlichen Werbung für einzelne Kollektivanlagen gegenüber ihren Kunden zu enthalten. Wer sich nur zum Schein als Anlageberater, d.h. als Einkaufsvermittler, präsentiere, tatsächlich aber wie ein Vertriebsträger und Verkaufsvermittler agiere, falle unter die entsprechende Bewilligungspflicht nach Art. 19 KAG. Werbung liege dann nicht vor, wenn ein Kunde von sich aus Informationen über eine bestimmte kollektive Kapitalanlage verlange.

Aus diesen Ausführungen geht e contrario hervor, dass nach Ansicht der Vorinstanz öffentliche Werbung vorliegt und eine Vertriebsträgerbewilligung gemäss Art. 19 KAG erforderlich ist, wenn ein Anlageberater seinen Kunden *ohne* deren Anfrage Informationen über eine bestimmte kollektive Kapitalanlage gibt. Ob die Vorinstanz einzig mit diesem Umkehrschluss dem Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin Genüge getan hat, kann jedoch aus nachfolgenden Gründen offen gelassen werden.

3.4. Wie dargelegt (E. 3.2.6 hiervor), hat die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör mit Bezug auf die Feststellung in Ziff. 1 Bst. a des Dispositivs der angefochtenen Verfügung in schwerwiegender Weise verletzt, weshalb diese Verletzung nicht geheilt werden kann.

3.4.1. Die Feststellung in Ziff. 1 Bst. a des Dispositivs und die Auslegung des Begriffs "Werbung" und dessen Anwendung auf den von der

Beschwerdeführerin dargestellten Sachverhalt stellen zentrale Rechtsfragen des Feststellungsbegehrens der Beschwerdeführerin und damit der angefochtenen Verfügung dar. Infolge der Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz ist weder für die Beschwerdeführerin noch für die Rechtsmittelinstanz nachvollziehbar, weshalb diese den wesentlichen Rechtsstandpunkt der Beschwerdeführerin letztlich verworfen hat und welche Argumente für ihre Entscheidung sprechen. Damit kann sich die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite der Feststellungen in der angefochtenen Verfügung kein Bild machen. Eine abschliessende Beurteilung der Frage, ob das Dispositiv und damit der Verfügungsinhalt sich als richtig erweisen und wie die Vorinstanz die massgebenden Gesichtspunkte beurteilt hat, ist deshalb nicht möglich.

Aus diesen Gründen ist die angefochtene Verfügung aus formellen Gründen nicht nur teilweise, sondern vollumfänglich aufzuheben.

3.4.2. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist zwar grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, d.h. das Gericht entscheidet in der Regel bei mindestens teilweiser Gutheissung der Begehren in der Sache selbst.

Ausnahmsweise kassiert das Gericht die angefochtene Verfügung jedoch und weist die Sache mit verbindlichen Weisungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine Rückweisung ist insbesondere dann angebracht, wenn die Vorinstanz bei ihrem Entscheid aufgrund der von ihr eingenommenen Rechtsauffassung einzelne entscheidrelevante Gesichtspunkte nicht geprüft hat, bei deren Beurteilung sie einen Ermessensspielraum gehabt hätte (vgl. PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 61 N 15 ff.). Die gleichen Überlegungen müssen auch gelten, wenn eine Vorinstanz Fragen nicht entschieden hat, bezüglich derer ihr ein Beurteilungsspielraum zukommt, den die Rechtsmittelinstanz aufgrund der grösseren Fachkenntnis der betreffenden Vorinstanz zu respektieren hat.

Damit ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Weisung, ihre Feststellungen im Sinne der Erwägungen zu begründen.

4.
Die Beschwerde erweist sich damit als teilweise begründet und ist teilweise gutzuheissen.

5.
Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen bzw. im Verhältnis des jeweiligen Unterliegens den Parteien aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt, auch wenn sie unterliegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht setzen sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammen (Art. 1 Abs. 1 VGKE). Sie sind vorliegend auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

Der teilweise obsiegenden Beschwerdeführerin sind davon Fr. 1'000.- aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

6.
Die Beschwerdeinstanz kann der teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE).

Die Beschwerdeführerin war im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weder anwaltlich vertreten noch sind ihr notwendige und verhältnismässig hohe Kosten entstanden. Deshalb ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Die Sache wird an die Vorinstanz zurückgewiesen mit der Weisung, ihre Feststellungen im Sinne der Erwägungen zu begründen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 4'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Stephan Breitenmoser	Kinga Jonas

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der

Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. April 2011