Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-3844/2013

Urteil vom 7. November 2013

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Tomas Poledna,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Änderungen im Reglement der SRO […].

Sachverhalt:

A.
X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), eine gesamtschweizerische (…) Selbstregulierungsorganisation (SRO) nach Art. 24 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0), reichte der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) am 31. Januar 2012 eine tabellarischen Auflistung der Abweichungen seines Reglements vom (…) mit der Geldwäschereiverordnung-FINMA vom 8. Dezember 2010 (GwV-FINMA, SR 955.033.0) gestützt auf Art. 66 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GwV-FINMA ein.

A.a Mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 informierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer, dass sie sein Reglement sowie die Reglemente anderer Selbstregulierungsorganisationen einer eingehenden Prüfung in Bezug auf die Abweichungen zur GwV-FINMA unterzogen habe, empfahl dem Beschwerdeführer, sein Reglement in 13 Punkten anzupassen und bat diesen, die Empfehlungen zu prüfen, und innert Frist eine Stellungnahme oder aber eine aktualisierte Version des Reglements im Überarbeitungsmodus einzureichen. Mit "Mahn"-Schreiben vom 9. November 2012 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine Nachfrist zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme, da sich dieser innert Frist nicht gemeldet hatte.

A.b Mit Schreiben vom 30. November 2012 teilte der Beschwerdeführer der Vorinstanz mit, der Vorstand habe entschieden, die Empfehlungen der FINMA anlässlich der absehbaren Reglementsrevision, welche sich aus der laufenden Revision des Geldwäschereigesetzes zur Umsetzung der im Februar 2012 revidierten Empfehlungen der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) ergeben werde, im Einzelnen zu prüfen, und er legte dar, von welchen Überlegungen sich der Vorstand bei seinem Entscheid hatte leiten lassen.

A.c Mit Schreiben vom 31. Mai 2013 nahm die Vorinstanz zu einzelnen Äusserungen des Beschwerdeführers Stellung und reduzierte ihre ursprünglichen Empfehlungen auf die sieben aus ihrer Sicht wichtigsten Punkte, die sie detailliert darlegte. Gleichzeitig setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine Frist bis zum 15. Juli 2013, das revidierte Reglement einzureichen. Schliesslich wies die Vorinstanz darauf hin, dass sie in Anwendung von Art. 31 FINMAG (zit. in E. 1) für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgen und entsprechende Massnahmen ergreifen müsse, wenn ein Beaufsichtigter die Bestimmungen ei-

nes Finanzmarktgesetzes verletze oder sonstige Missstände bestünden. Sollte das Reglement nicht sinngemäss angepasst werden, würde sich die Vorinstanz eine Überweisung an den Geschäftsbereich Enforcement vorbehalten.

B.
Mit Eingabe vom 5. Juli 2013 hat der Beschwerdeführer gegen das Schreiben der Vorinstanz vom 31. Mai 2013 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben und beantragt, die "angefochtene Verfügung", namentlich die Anordnung der Anpassung des Reglements an verschiedenen Bestimmungen der GwV-FINMA, sei aufzuheben.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 9. Juli 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht vom Beschwerdeführer einen Kostenvorschuss eingefordert und die Vorinstanz ersucht, innert Frist eine Vernehmlassung einzureichen, und sich dabei insbesondere zur Frage des genügenden Anfechtungsobjekts zu äussern.

D.
Mit Schreiben vom 17. September 2013 hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Eröffnung eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens angezeigt und ihm Frist bis zum 30. September 2013 eingeräumt, zu den Sachverhaltsfeststellungen, zum Verfahren sowie zum Erlass allfälliger Massnahmen Stellung zu nehmen.

E.
Mit innert erstreckter Frist eingereichter Vernehmlassung vom 20. September 2013 beantragt die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei mangels tauglichen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten. Eventualiter sei das Beschwerdeverfahren bis zum Abschluss des am 13. September 2013 gegen den Beschwerdeführer eröffneten Verwaltungsverfahrens aus verfahrensökonomischen Gründen zu sistieren, da hinsichtlich des Verfahrensgegenstands Identität bestehe. Für den Fall, dass die erwähnten Anträge abgewiesen würden, sei ihr eine kurze Nachfrist zur Stellungnahme in der Sache anzusetzen.

F.
Mit Replik vom 4. Oktober 2013 beantragt der Beschwerdeführer, auf die Beschwerde sei einzutreten und die Anträge der Vorinstanz seien abzuweisen. Sinngemäss beantragt der Beschwerdeführer zudem, das Be-

schwerdeverfahren sei auf die Eintretensfrage zu beschränken. Das eingreifende Verwaltungsverfahren setze dort an, wo das vorliegende Beschwerdeverfahren ende: Vorliegend sei zu klären, ob das bestehende Reglement rechtskonform sei. Anschliessend könne das aufsichtsrechtliche Verfahren eingeleitet werden, welches rein exekutorischen Zwecken diene. Dabei gehe es nicht um die formell richtig eingekleidete Erledigung des im Schreiben vom 31. Mai 2013 aufgezeigten Regelungsgegenstandes, somit um eine formalisierte Wiederholung des früheren Verfahrens, sondern um eine Umsetzung (Vollzug) der von der Vorinstanz geltend gemachten und hier strittigen Rechtsverletzungen.

G.
Mit Verfügung vom 8. Oktober 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht die Replik der Vorinstanz zur Kenntnis zugestellt, ihr Gelegenheit für eine allfällig Duplik bis zum 15. Oktober 2013 eingeräumt und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass eine Fristerstreckung angesichts des sinngemässen Antrags des Beschwerdeführers, das Beschwerdeverfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken, nur ausnahmsweise und bei Vorliegen von zwingenden Gründen gewährt würde.

H.
Mit Duplik vom 10. Oktober 2013 führt die Vorinstanz aus, sie habe zur Kenntnis genommen, dass das Beschwerdeverfahren auf die Eintretensfrage beschränkt worden sei, und sie bestätigt ihre bereits in der Vernehmlassung gestellten Anträge.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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]).

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

1.1 Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich geltend, das angefochtene Schreiben entspreche der gesetzlichen Definition einer Verfügung, da ihm im aufsichtsrechtlichen Bereich Verhaltenspflichten (Vornahme der

aufgezeigten Anpassungen innert Frist) auferlegt worden seien unter Androhung der Folgen im Unterlassungsfall (Enforcementmassnahmen). Dies sei jedoch in Briefform und ohne Rechtsmittelbelehrung ausgestaltet. Das nun eröffnete eingreifende Verwaltungsverfahren knüpfe zwingend an eine vorbestehende Feststellung der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und damit an ein vorangehendes Verfahren an, welches zwar nicht zwingend zur Verfügungsregelungen führen müsse, jedoch an Verfügungserlasse anknüpfen könne. Dabei sei unbeachtlich, dass das Verfahren gemäss Schreiben vom 31. Mai 2013 nicht formell als eingreifendes Verwaltungsverfahren ausgestaltet gewesen sei. Da vorliegend das VwVG zur Anwendung komme, beurteile sich das Zustandekommen einer Verfügung nach der dortigen Regelung, welche auf den Inhalt einer Anordnung abstelle. Entsprechend habe die Vorinstanz im Schreiben vom 17. September 2013 auch nicht ein Verfügungsverfahren zur Anpassung des Reglements eingeleitet, sondern werde "den Erlass von Massnahmen zur Durchführung der geforderten Anpassungen des SRO-Reglements […] an die Vorgaben der GwV-FINMA prüfen". In Ziff. 8 des provisorischen Sachverhalts sei zudem festgehalten, dass das heutige Reglement verschiedene gesetzliche Bestimmungen nicht berücksichtigte und entsprechend angepasst werden müsse. Somit setze das Verfahren gemäss Schreiben vom 17. September 2013 voraus, was nach Darstellung der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gar nie Gegenstand einer Verfügungen gewesen sei. Die Vorinstanz verhalte sich diesbezüglich widersprüchlich, wenn sie nun ein Verfahren nach Art. 31 FINMAG durchführe und im vorliegenden Verfahren bestreite, gerade den strittigen Punkt der Klärung der Ordnungsmässigkeit des Reglements je rechtsverbindlich festgestellt zu haben.

1.2 Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass es sich bei ihrem Schreiben vom 31. Mai 2013 nicht um eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG handle und damit ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt fehle. Anfechtungsobjekt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht seien ausschliesslich Verfügungen der FINMA als Aufsichtsbehörde. Dem fraglichen Schreiben komme keine rechtsverbindliche Wirkung zu. Eine Behörde erzeuge keine Rechtswirkung, wenn sie lediglich ankündige, anbiete oder androhe; eine Rechtsverbindlichkeit gehe erst von einer der Androhung nachgelagerten Verfügung aus. Im Schreiben habe man dem Beschwerdeführer lediglich den Wortlaut von Art. 31 FINMAG in Erinnerung gerufen. Der Beschwerdeführer sei damit nur auf das mögliche weitere Vorgehen hingewiesen worden, namentlich die interne Überweisung des Dossiers an den Geschäftsbereich Enforcement sowie die mögliche Eröffnung eines

Verwaltungsverfahrens für den Fall, dass der Beschwerdeführer den Empfehlungen der FINMA keine Folge leiste und die festgestellten Missstände nicht beseitige. Konkrete und verbindliche Massnahmen seien nicht in Aussicht gestellt worden. Mit dem Hinweis auf die Überweisung an den Geschäftsbereich Enforcement sei gerade zum Ausdruck gebracht worden, dass eine allfällige Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Massnahmen erst zu einem späteren Zeitpunkt durch diesen Geschäftsbereich erfolgen werde. Vor diesem Hintergrund stelle das Schreiben vom 31. Mai 2013 eine blosse weitere Fristansetzung dar. Eine dagegen gerichtete Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sei damit ausgeschlossen.

1.3 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. 46*a* 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).

1.3.1 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 ergangen, 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 (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 Rz. 17; FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 5 N 17; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, S. 253 f.). Art. 5 Abs. 2 VwVG dehnt den Verfügungsbegriff aus auf Vollstreckungs-

verfügungen (Art. 41 Abs. 1 Bst. a und b VwVG), Zwischenverfügungen (Art. 45 und 46 VwVG), Einspracheentscheide (Art. 30 Abs. 2 Bst. b und 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 ein Realakt (Art. 25*a* Abs. 2 VwVG) sowie Disziplinarentscheide 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).

1.3.2 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, Praxiskommentar VwVG, 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. 1.3.1) aufweist (BVGE 2009/43 E. 1.1.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3766/2012 vom 5. August 2013 E. 1.4.1).

1.4 Zu prüfen ist somit, ob das angefochtene Schreiben der Vorinstanz an den Beschwerdeführer die Elemente bzw. Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs erfüllt.

1.4.1 Mit dem fraglichen Schreiben wendet sich die Vorinstanz in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde über Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 24 GwG (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. a-d GwG) an den Beschwerde-

führer. Die Vorinstanz handelte damit hoheitlich, einseitig (da die Vorinstanz ausgehend von der Meldung des Beschwerdeführers nach Art. 66 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GwV-FINMA das Reglement des Beschwerdeführers überprüft hat), individuell-konkret in Bezug auf den Beschwerdeführer bzw. sein Reglement sowie den empfohlenen Reglementsänderungen und in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht.

1.4.2 Eine Verfügung ist stets auf Rechtswirkungen ausgerichtet bzw. regelt ein Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend. Das Strukturelement der Verbindlichkeit bzw. Erzwingbarkeit fällt weitgehend mit demjenigen der Rechtswirkung zusammen, d.h. ist Folge davon, dass die Verfügung ein Rechtsverhältnis regeln will, und hat deshalb kaum eigenständige Bedeutung (UHLMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N 112; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 34; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, Rz. 808).

1.4.2.1 Im angefochtenen Schreiben nimmt die Vorinstanz vorab Stellung zu den im Überprüfungsverfahren der Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen (gestützt auf Art. 66 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GwV-FINMA) beim Reglement des Beschwerdeführers von ihm dargelegten Abweichungen zur GwV-FINMA und der daraufhin vom Beschwerdeführer eingereichten Stellungnahme. Sodann schreibt die Vorinstanz, es sei "den folgenden sieben Bestimmungen/Empfehlungen im Reglement der […] sinngemäss Rechnung zu tragen", die anschliessend mit Erklärungen zum jeweiligen Anpassungsbedarf an die GwV-FINMA aufgelistet sind. Hiernach setzt die Vorinstanz Frist an für die Einreichung des revidierten Reglements und weist darauf hin, dass sie in Anwendung von Art. 31 FINMAG für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgen und entsprechende Massnahmen ergreifen müsse, wenn ein Beaufsichtigter die Bestimmungen des FINMAG oder eines Finanzmarktgesetzes verletze oder sonstige Missstände bestünden. Sollte das Reglement nicht sinngemäss angepasst werden, würde sich die Vorinstanz eine Überweisung an den Geschäftsbereich Enforcement ausdrücklich vorbehalten.

1.4.2.2 Nach Art. 25 GwG erlassen die Selbstregulierungsorganisationen ein Reglement. Dieses konkretisiert für die angeschlossenen Finanzintermediäre deren Sorgfaltspflichten (nach dem zweiten Kapitel) und legt fest, wie diese zu erfüllen sind. Zudem regelt es die Voraussetzungen für Anschluss und Ausschluss von Finanzintermediären, die Kontrolle der Einhaltung der Pflichten (nach dem zweiten Kapitel) sowie angemessene

Sanktionen. Der FINMA kommen im Rahmen ihrer Aufsicht nach GwG mit Bezug auf Selbstregulierungsorganisationen folgende Aufgaben zu: Anerkennung oder Entzug der Anerkennung von Selbstregulierungsorganisationen, Beaufsichtigung der Selbstregulierungsorganisationen, Genehmigung der von den Selbstregulierungsorganisationen erlassenen Reglemente sowie deren Änderungen und die Pflicht dafür zu sorgen, dass die Selbstregulierungsorganisationen ihre Reglemente durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 Bst. a-d GwG). Die GwV-FINMA, die gestützt auf das GwG ergangen ist, legt fest, wie die Finanzintermediäre die Pflichten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung umsetzen müssen (Art. 1 Abs. 1 GwV-FINMA). Nach Art. 1 Abs. 2 GwV-FINMA orientiert sich die FINMA an den Eckwerten dieser Verordnung, wenn sie Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 25 GwG genehmigt und wenn sie diese nach Art. 17 GwG als Mindeststandard anerkennt. Dies muss auch für die Genehmigung von Reglementsänderungen gelten (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. c GwG). Da die Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 66 Abs. 2 GwV-FINMA gehalten sind, ihre Abweichungen von der GwV-FINMA innert Jahresfrist seit Inkrafttreten der Verordnung zu kennzeichnen bzw. Abweichungen zu regeln, war die Vorinstanz veranlasst, das Reglement des Beschwerdeführers, nach Bezeichnung der Abweichungen eingehend auf allfällige genehmigungsbedürftige Änderungen hin zu überprüfen (vgl. auch DANIEL THELESKLAF/RALPH WYSS, in: Daniel Thelesklaf/Ralph Wyss/Dave Zollinger/Mark van Thiel, GwG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 18 Rz. 4, wonach die FINMA Änderungen der Reglemente nach Art. 25 GwG selbst initiieren kann, soweit es sich um Änderungen im Rahmen des geltenden Rechts handelt).

1.4.2.3 Vor diesem Hintergrund wird klar, in welchem Verfahrensstadium das angefochtene Schreiben an den Beschwerdeführer erfolgt ist: Im Rahmen der sog. formfreien Aufsichtstätigkeit (vorliegend über Selbstregulierungsorganisationen) während der Phase der Vorabklärung (ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 54 N 9) weist die Vorinstanz darauf hin, dass aus ihrer Sicht Anpassungsbedarf an die GwV-FINMA besteht und worin dieser liegt. Es werden, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, damit keine Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers begründet, geändert, aufgehoben oder bestehende Rechte und Pflichten festgestellt. Insbesondere wird (momentan) keine rechtlich durchsetzbare *Verpflichtung* des Beschwerdeführers statuiert, das Reglement im skizzierten Sinn zu ändern. Vielmehr wird eine Empfehlung zu Handen des Beschwerdeführers ausgesprochen und die

Rechtslage aus Sicht der Vorinstanz präsentiert (BGE 121 II 473 E. 3a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 878; BOVAY, a.a.O., S. 260). Der Beschwerdeführer war denn auch frei, die Empfehlung umzusetzen, wobei er diesbezüglich einen mehr oder weniger grossen Gestaltungsspielraum hatte, oder ganz oder teilweise das Ergebnis eines allfälligen nachgelagerten eingreifenden Verwaltungsverfahrens abwarten konnte. Erst im – zwischenzeitlich eröffneten – eingreifenden Verwaltungsverfahren wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob, in welchem Umfang und wie eine solche Verpflichtung zwecks Anpassung an die geltenden Standards der Geldwäschereibekämpfung allenfalls besteht bzw. begründet ist und der Beschwerdeführer damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt hat, und welche Massnahmen zur Durchsetzung der Reglementsanpassungen und als Reaktion auf die Verletzung des Aufsichtsrechts gegebenenfalls anzuordnen sind. Obschon es sich vorliegend um ein Schreiben an einen Beaufsichtigten Privaten handelt, der öffentliche Aufgaben wahrnimmt (Urteil des Bundesgerichts 2C.887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1; CHRISTIAN HEIERLI, Das Konzept der Selbstregulierung im GwG – Rechtliche Grundlagen und Mängel bei der praktischen Umsetzung, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2010, S. 38 ff., S. 40), und die vorgeschlagenen Änderungen des Reglements Aussenwirkungen zeitigen, indem sich die betroffenen Finanzintermediäre nach den vorgenommenen und genehmigten Änderungen mit neuen Regelungen konfrontiert sehen, sind die Ausführungen der Vorinstanz zum aktuellen Zeitpunkt nach dem Gesagten nicht als bindende Weisungen ausgestaltet (im Unterschied zum Sachverhalt, wie er dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7604/2006 vom 10. Juli 2007 E. 1.4.2 zugrunde lag, in welchem Weisungen der Aufsichtsbehörde an eine Krankenkasse, die deren Autonomie tangierten, als Verfügung qualifiziert worden sind).

1.4.2.3.1 Bei Vorabklärungen handelt es sich vielmehr um gesetzlich nicht geregeltes informelles Verwaltungshandeln (LEBRECHT, a.a.O., Art. 53 N 7; anders als im Wettbewerbsrecht wird der Begriff der Vorabklärung in den Finanzmarktgesetzen nicht erwähnt, vgl. Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251]), das jedoch in die Nähe einer Verfügung kommen kann (vgl. E. 1.4.2.3.2). Im Bereich des informellen Verwaltungshandelns geht es um formlose Beziehungen zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten, wie beispielsweise wechselseitige Kontaktaufnahme, Absprachen und Vorabklärungen (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 323; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl., Bern 2011, S. 54;

TANQUEREL, a.a.O., Rz. 670 f.). Die FINMA nimmt Vorabklärungen auf, wenn sie Hinweise auf aufsichtsrechtlich relevante Gesetzesverletzungen oder Missstände aufdeckt. Diese dienen zur Informationsbeschaffung, die es der FINMA ermöglichen sollen, einen Entscheid darüber zu fällen, ob ein aus Sicht der Aufsichtsbehörde und vor dem Hintergrund der Finanzmarktgesetze relevanter Sachverhalt vorliegt (URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 86). Die Informationsbeschaffung erfolgt formlos; die FINMA ist in diesem Stadium nicht an das VwVG gebunden (LEBRECHT, a.a.O., Art. 53 N 4 f., 7 und 19); gleichwohl ist sie gestützt auf Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) an das Recht gebunden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 736a). Den betroffenen Beaufsichtigten trifft dabei eine umfassende Auskunftspflicht (Art. 29 FINMAG). Ziel der Vorabklärung ist die Feststellung, ob sich der Anfangsverdacht erhärtet bzw. nicht völlig ausgeräumt werden kann und somit Grund zur Annahme besteht, der Betroffene habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen verletzt; zudem wird geprüft, ob es sich rechtfertigt, den Sacherhalt detailliert im Rahmen des eingreifenden Verwaltungsverfahrens abzuklären (KATJA ROTH PELLANDA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 30 N 8). Der Abschluss der Vorabklärungen bildet die Entscheidung darüber, ob ein eingreifendes Verwaltungsverfahren eröffnet werden (dies ist dem Betroffenen anzuzeigen, Art. 30 FINMAG) oder die Untersuchung nach den Vorabklärungen beendet werden soll. Dieses informelle Verwaltungshandeln im Rahmen der Vorabklärungen hat für den Betroffenen den Vorteil, dass es für ihn kostenfrei ist. Ferner hat der Betroffene, wenn er sich zur gänzlichen oder auch nur teilweisen Umsetzung von Empfehlungen entschliesst, einen nicht unbedeutenden Gestaltungsspielraum, der letztlich auch über die Einleitung bzw. den Ausgang eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens entscheiden kann. Nicht zuletzt können sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse bis zum Abschluss der Vorabklärungen derart verändern, dass die Einleitung eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens ganz oder teilweise hinfällig wird. Dem betroffenen Beaufsichtigten steht es während der Vorabklärungsphase jederzeit offen, wenn er ein schutzwürdiges Interesse hat, eine Verfügung nach Art. 25*a* VwVG über informelle Verwaltungshandlungen bei der Vorinstanz zu verlangen, soweit diese Rechte und Pflichten des Betroffenen berühren (LEBRECHT, a.a.O., Art. 54 N 9; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 737a ff.).

1.4.2.3.2 Die Abgrenzung zwischen informellem Verwaltungshandeln und einer Verfügung kann mitunter schwierig sein. Entscheidend ist, dass das Handlungsziel der Behörden die Regelung, d.h. die bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtstellung des Betroffenen, sein muss, damit eine Verfügung vorliegt (vgl. E. 1.4.2; UHLMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N 90). Dabei ist nicht nur der Wortlaut zu beachten, sondern auch die Intensität der Einwirkung bzw. der Einflussnahme auf den Privaten. Je intensiver und autoritativer eine Behörde gegenüber einem Privaten auftritt und ihn zu einem bestimmten Verhalten anzuhalten versucht, umso eher kann das Vorgehen der Behörde den Charakter einer Verfügung annehmen.

Die Vorinstanz hat vorliegend die Schwelle zwischen informellem Verwaltungshandeln und Verfügung nicht überschritten. Sie hat sich im Nachgang zur in der GwV-FIMNA vorgesehenen Meldung der Abweichungen durch den Beschwerdeführer (vgl. E. 1.4.1) zwei Mal schriftlich an den Beschwerdeführer gewandt (Schreiben vom 2. Oktober 2012 und angefochtenes Schreiben vom 31. Mai 2013). Dabei hat sie aus ihrer Sicht die Rechtslage dargestellt und in zurückhaltender Weise, die Unverbindlichkeit impliziert, ihre Empfehlungen formuliert ("Ihnen nachlegen, nachfolgende Empfehlungen in ihr SRO-Reglement zu übernehmen", "ist den folgenden sieben Bestimmungen/Empfehlungen im Reglement […] sinngemäss Rechnung zu tragen"). Dies gilt ebenso für die Fristansetzung (vgl. E. 1.4.2.4) sowie den Hinweis auf Art. 31 FINMAG (vgl. E. 1.4.2.5).

1.4.2.4 Die Fristansetzung zur Reglementsänderung hat ebenfalls keinen Verfügungscharakter; sie zieht bei Nichteinhaltung der Frist keine Rechtswirkungen nach sich bzw. berührt die Rechtsstellung des Beschwerdeführers nicht. Die entsprechend angedrohte Überweisung an den Geschäftsbereich Enforcement (die inzwischen erfolgt ist) begründet direkt keine Rechte oder Pflichten des Beschwerdeführers, die gegenüber diesem verbindlich oder erzwingbar wären; die Rechtsstellung des Beschwerdeführers als Beaufsichtigter bleibt durch die Androhung der (internen) Überweisung unverändert. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich auf den Grundsatz 10 ihrer Enforcement-Policy vom 17. Dezember 2009 (abrufbar unter <http://www.finma.ch> > Enforcement > Enforcement-Policy, besucht am 28. Oktober 2013), wonach innerhalb der FINMA nach Möglichkeit nicht die gleichen Personen für die dauerende Aufsicht über Institute und für Enforcement-Verfahren gegen diese verantwortlich sind. Daraus lässt sich jedoch nichts Weiterführendes ableiten.

Das Gesagte gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass dem Betroffenen sein Verhalten während der Vorabklärungen später in einer Verfügung nicht vorgehalten wird. Der Umstand, dass z.B. eine informelle Frist ungenutzt verstrichen ist, darf in einem anschliessenden eingreifenden Verwaltungsverfahren namentlich nicht als aufsichtsrechtliche Pflichtverletzung gewertet werden.

1.4.2.5 Auch der Hinweis am Ende des angefochtenen Schreibens auf Art. 31 FINMAG sowie der Vorbehalt der Überweisung des Dossiers an den Geschäftsberiech Enforcement haben keine Verfügungsqualität. Es werden keine konkreten, gesetzlich vorgesehenen Massnahmen angedroht (bspw. der Entzug der Anerkennung als Selbsregulierungsorganisation nach Art. 28 Abs. 1 GwG, der vorgängig angedroht werden müsste), wodurch sich die aktuelle Rechtsstellung des Beschwerdeführers verschlechtern würde (im Unterschied zum Sachverhalt, wie er BGE 103 Ib 350 E. 2 zugrunde lag; vgl. auch BGE 125 I 119 E. 2a; vgl. dazu UHLMANN, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N 94; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 27 f.).

1.4.3 Eine spezialgesetzliche Modifikation des Verfügungsbegriffs, die der Legaldefinition von Art. 5 VwVG vorgehen würde, existiert vorliegend nicht: Art. 53 und 54 Abs. 1 FINMAG verweisen sowohl für das Verfahren vor Vorinstanz als auch für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auf das VwVG.

1.5 Dass ein unrechtmässiges Verweigern oder Verzögern einer Verfügung vorliegen würde, das vor Bundesverwaltungsgericht anfechtbar wäre, weil Art. 46*a* VwVG diesen Umstand einer Verfügung gleichsetzt (vgl. MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 1 und 7 zu Art. 46*a*), macht der Beschwerdeführer darüber hinaus nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Überdies hat die Vorinstanz zwischenzeitlich ein eingreifendes Verwaltungsverfahren gestützt auf Art. 30 FINMAG eröffnet, welches mit einer Verfügung abzuschliessen sein oder eingestellt wird (LEBRECHT, a.a.O., Art. 53 N 15; ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 30 N 25).

1.6 Der Beschwerdeführer macht geltend, das Vorgehen der Vorinstanz nach Art. 31 FINMAG knüpfe zwingend an eine vorbestehende Feststellung der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen an. Es ist zwar richtig, dass die Vorinstanz ihre Rechtsauffassung im angefochtenen

Schreiben deutlich zum Ausdruck gebracht hat. Jedoch ist, wie z.B. in einem öffentlich-rechtlichen Einspracheverfahren, nicht auszuschliessen, dass der Geschäftsbereich Enforcement im eingreifenden Verwaltungsverfahren ganz oder teilweise zu einer gegenteiligen Auffassung gelangt als der Geschäftsbereich Märkte, der Absender des angefochtenen Schreibens ist, zumal der Beschwerdeführer im eingreifenden Verwaltungsverfahren seine Auffassung erneut, vertieft und gegebenenfalls gestützt auf Noven darlegen kann. Abgesehen davon verkennt der Beschwerdeführer, dass die Abklärung der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen Teil des eingreifenden Verwaltungsverfahrens ist und eine allfällige Gesetzesverletzung in der das eingreifende Verwaltungsverfahren abschliessenden Verfügung festgestellt wird. Auslöser für das eingreifende Verwaltungsverfahren bildet der Verdacht auf Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, der sich im Rahmen der Vorabklärungen ergeben oder erhärtet hat (ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 30 N 4 f.). Damit ist eine vorangehende verfügungsmässige Feststellung der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten nicht notwendig und gesetzlich auch nicht vorgesehen.

1.7 Darüber hinaus besteht, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, kein Rechtsschutzdefizit, wenn erst die das eingreifende Verwaltungsverfahren abschliessende Verfügung (falls das Verfahren nicht eingestellt wird) mit Beschwerde angefochten werden kann, da die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten mit genannter Verfügung im Dispositiv festzustellen ist und diese Frage somit Streitgegenstand eines allfälligen Beschwerdeverfahrens sein kann. Zudem kann nicht vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses auf das Vorliegen eines Anfechtungsobjekts geschlossen werden; die unmittelbare Anfechtbarkeit einer nicht formalisierten Verwaltungshandlung würde die Instruktionslast auf die Beschwerdeinstanz verschieben und bedeutete in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts eine Verkürzung des funktionellen Instanzenzugs (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 46).

1.8 Das angefochtene Schreiben hat somit keinen Verfügungscharakter. Folglich fehlt es im vorliegenden Beschwerdeverfahren an einem Beschwerdeobjekt in Form einer anfechtbaren Verfügung im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung und damit an einer Sachurteilsvoraussetzung für die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.3).

2.
Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels anfechtbarer Verfügung kein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

Aus prozessökonomischen Gründen hat das Bundesverwaltungsgericht auf einen Entscheid über den Sistierungsantrag der Vorinstanz verzichtet; dieser wird mit dem vorliegenden Urteil hinfällig. Der Antrag der Vorinstanz auf Ansetzung einer kurzen Nachfrist für eine Stellungnahme in der Sache wird damit ebenfalls hinfällig.

3.
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 besonderen Begründungsaufwandes und der finanziellen Lage des Beschwerdeführers (vgl. Art. 2 Abs. 1 VGKE), auf Fr. 3'000.– festgesetzt und mit dem am 16. Juli 2013 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Philippe Weissenberger	Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen 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 ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. November 2013