

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

2C\_575/2014

Urteil vom 28. Juli 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Zünd, Präsident,  
Bundesrichterin Aubry Girardin,  
Bundesrichter Kneubühler,  
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Tomas Poledna,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Laupenstrasse 27, 3003 Bern,  
Beschwerdegeherin.

Gegenstand  
Anpassung des Reglements an die Vorgaben der Geldwäschereiverordnung-FINMA,

Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 13. Mai 2014.

Sachverhalt:

A.

Der A. \_\_\_\_\_ ist eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation nach Art. 24 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwG; SR 955.0).

Mit Verfügung vom 21. März 2014 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA fest, dass das geltende Reglement von A. \_\_\_\_\_ nicht an die Vorgaben von Art. 12 Abs. 2, Art. 61 Abs. 2, Art. 45 Abs. 3, Art. 51 Abs. 3, Art. 17, Art. 18, Art. 22, Art. 23 sowie Art. 63 der GwV-FINMA angepasst worden sei und diese somit über kein gesetzmässiges Reglement verfüge.

Zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands setzte die FINMA für die Finanzintermediäre und Personen, die dem Geltungsbereich von § 2 des Reglements von A. \_\_\_\_\_ unterstehen, eine Übergangsregelung in Kraft, wonach das geltende Reglement des Vereins A. \_\_\_\_\_ durch die Bestimmungen von Art. 12 Abs. 2, Art. 61 Abs. 2, Art. 45 Abs. 3, Art. 51 Abs. 3, Art. 17, Art. 18, Art. 22, Art. 23 sowie Art. 63 der GwV-FINMA ergänzt werde (Ziff. 4 des Verfügungsdispositivs). A. \_\_\_\_\_ wurde angewiesen, die Übergangsregelung den Adressaten seines Reglements umgehend mitzuteilen und deren Einhaltung sicherzustellen (Ziff. 5). Weiter verpflichtete die FINMA A. \_\_\_\_\_, innert Frist das geltende Reglement an ihre Vorgaben anzupassen, und dieses sowie ein Konzept zur Umsetzung des angepassten Reglements zur Genehmigung einzureichen (Ziff. 6). Für den Fall der Widerhandlung wurde A. \_\_\_\_\_ der Entzug der Anerkennung angedroht. Einer Beschwerde gegen diese Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands entzog die FINMA die aufschiebende Wirkung.

B.

A. \_\_\_\_\_ erhob gegen diese Verfügung Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Prozessual beantragte er, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht wies diesen Antrag mit Zwischenverfügung vom 13. Mai 2014 ab.

C.

Mit Beschwerde vom 12. Juni 2014 gegen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Mai 2014 beantragt A. \_\_\_\_\_, Ziff. 1 des Dispositivs dieser Zwischenverfügung sei aufzuheben und es sei das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, seiner vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, soweit es um die Anordnung zur vorgezogenen Anpassung des Reglements gehe (Ziff. 6 des Dispositivs der Verfügung der FINMA).

Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die FINMA schliesst auf Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer hat frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht. Sie richtet sich gegen eine die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ablehnende Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts in einer finanzmarktrechtlichen Angelegenheit (Art. 82 lit. a BGG; Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 83 BGG e contrario; BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195).

1.2.

1.2.1. Selbstständig eröffnete Massnahmeentscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben, sind Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 BGG (BGE 134 I 83 E. 3.1 S. 86 f.; 134 III 192 E. 1.3 S. 195 f.). Sie sind unter der Voraussetzung anfechtbar, dass sie beim Beschwerdeführer einen Nachteil bewirken, der auch durch einen günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; die Tatbestandsvariante von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG fällt ausser Betracht, da bei der Gutheissung der vorliegenden Beschwerde offensichtlich kein Endentscheid herbeigeführt würde). Der geltend gemachte Nachteil hat irreparabel und selbst durch einen günstigen Entscheid in der Sache unumkehrbar zu sein (Urteil 5D\_211/2011 vom 30. März 2012 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 138 III 378; 137 III 522 E. 1.3 S. 525).

1.2.2. Gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist die Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide nur zulässig, wenn diese einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirken können. Im vorliegenden Fall kann offen gelassen werden, ob dieser Nachteil rechtlicher Art sein muss (so BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 328; 137 V 314 E. 2.2.1 S. 317) oder ob auch rein tatsächliche Nachteile genügen (so BGE 135 II 30 E. 1.3.4 S. 36; Urteil 1C\_175/2013 vom 11. September 2013 E. 1.3, nicht publiziert in BGE 139 II 499) : Der Beschwerdeführer behauptet, die Verpflichtung zur Anpassung seines Reglements und zu dessen Vorlage zur Genehmigung bis zum 15. August 2014 verletze seine verfassungsrechtlich garantierte Organisationsautonomie, und diese würde - sollte die Rüge zutreffen - einen Nachteil rechtlicher Natur darstellen.

1.2.3. Der Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach den Beschwerdeanträgen und dem Dispositiv des angefochtenen Urteils, das den Rahmen des Streitgegenstands begrenzt (BGE 136 II 457 E. 4.2 S. 463; Urteil 2C\_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3). Vor Bundesgericht ficht der Beschwerdeführer die durch die Vorinstanz nicht erteilte aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde nur in einem Punkt an: Er wendet sich gegen die Anordnung der Beschwerdegegnerin, wonach er während des laufenden Beschwerdeverfahrens das Reglement anzupassen und der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten und dieser ebenfalls bereits ein Konzept zur Sicherstellung von dessen Umsetzung vorzulegen hat (Ziff. 7 und 6 Verfügung FINMA vom 21. März 2014 [nachfolgend Verfügung FINMA]). Zur Begründung der Eintretensvoraussetzung des nicht wiedergutmachenden Nachteils im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG macht der Beschwerdeführer geltend, diese Anordnung schränke seinen durch die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) geschützten und durch Art. 24 ff. GwG belassenen

Autonomiebereich ein.

Der als Verein (Art. 60 ZGB) konstituierte Beschwerdeführer kann sich als juristische Person auf die Vereinigungsfreiheit berufen (BGE 92 I 24 E. 1 S. 29; Urteil 5P.382/1997 vom 9. Dezember 1997 E. 2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 603; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, S. 174) und als privatrechtlich organisierter öffentlicher Aufgabenträger geltend machen, ein staatlicher Hoheitsakt beschränke seine durch das Verfassungsrecht eingeräumte Autonomie. Ob ihm in seinem öffentlichen Aufgabenbereich eine solche tatsächlich zukommt, ist für das Eintreten auf die vor Bundesgericht erhobene Beschwerde nicht ausschlaggebend, sondern wird das Bundesverwaltungsgericht in einem materiellen Entscheid in der Sache selbst prüfen. Die unmittelbar zu vollziehende Anordnung der Reglementsanpassung durch die Beschwerdegegnerin und die Verpflichtung zur Ausarbeitung und Vorlage eines Umsetzungskonzepts sind geeignet, dem Beschwerdeführer einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur zu verursachen. Insbesondere kann die während des hängigen vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens verunmöglichte Ausübung seiner Autonomierechte selbst mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Sache nicht mehr behoben werden.

1.2.4. Als Adressat der angefochtenen Zwischenverfügung vom 13. Mai 2014, mit welcher die Vorinstanz den prozessualen Antrag des Beschwerdeführers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde gegen eine nach seiner Auffassung in seinen Autonomiebereich eingreifende Verfügung abgelehnt hat, ist der Beschwerdeführer als öffentlicher Aufgabenträger in schutzwürdigen eigenen Interessen betroffen (Art. 89 Abs. 1 BGG; BGE 130 V 196 E. 3 S. 203; WALDMANN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 41 zu Art. 89 BGG). Nach vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung hat der Beschwerdeführer sein Reglement im Umfang der von der Beschwerdegegnerin angeordneten Übergangsregelung bereits angepasst (Reglement vom 21. März 2014). Das aktuelle Interesse des Beschwerdeführers dürfte indessen fortbestehen, da die im Sinne einer Übergangsregelung angeordnete Übernahme bestimmter Regelungen gemäss GwV-FINMA wohl als Mindeststandard angesehen wird und die FINMA davon auszugehen scheint, der Beschwerdeführer könne sein Reglement darüber hinaus noch weiter abändern (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 GwV-FINMA). Ausserdem besteht die Pflicht zur Erarbeitung und Vorlage eines Umsetzungskonzepts fort. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2014 ist, vorbehältlich genügend begründeter Rügen, einzutreten.

1.3. Mit einer Beschwerde gegen einen Massnahmeentscheid kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist; es gilt eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 134 II 349 E. 3 S. 351 f.; Urteil 2C\_598/2012 vom 21. November 2012 E. 1.3). Der Beschwerdeführer rügt, die nicht erteilte aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde gegen eine in seinen Autonomiebereich eingreifende, umgehend zu vollziehende Massnahme sei willkürlich (Art. 9 BV), verletze die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und verstosse gegen die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV). Diese Rügen sind zulässig.

2.

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Entscheid der Vorinstanz, die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde nicht wiederherzustellen, sei willkürlich, soweit er durch die FINMA verpflichtet worden sei, die angeordneten Reglementsanpassungen noch während des laufenden Verfahrens vorzunehmen. Durch die angeordnete Übergangsregelung (Ergänzung des bestehenden Reglements durch einzelne Bestimmungen der GwV-FINMA; Verfügung FINMA Ziff. 4) seien die öffentlichen Interessen bereits gewahrt. Für eine umgehend zu vollziehende Reglementsanpassung bestehe daher kein Bedürfnis und keine Dringlichkeit. Damit stehe der angefochtene vorinstanzliche Zwischenentscheid in klarem Widerspruch zu den Vorgaben über den Entzug der aufschiebenden Wirkung und sei im Ergebnis unhaltbar.

2.1. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG hat die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht aufschiebende Wirkung. Hat die Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand, so kann der Beschwerde ihre aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG).

Der Gesetzgeber hat den Entzug der aufschiebenden Wirkung als Ausnahme ausgestaltet. Er muss auf überzeugenden Gründen beruhen. Ob einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen

ist, beurteilt die Vorinstanz anhand einer Entscheidungsprognose, sofern sie eindeutig ist, eines Anordnungsgrunds in Form eines schwerwiegenden Nachteils, der ohne den Entzug unmittelbar droht, und einer Interessenabwägung im Einzelfall ( MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 3.28a; SEILER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 90 ff. zu Art. 55 VwVG; KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, N. 14 ff. zu Art. 55 VwVG). Zu prüfen ist dabei, ob die Gründe, die für eine unmittelbare Vollstreckung der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Je schwerer der Eingriff für den Betroffenen ist, desto gewichtiger müssen die Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung wiegen ( MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., N. 3.26). Bei dieser Interessenabwägung kommt der Vorinstanz ein Beurteilungsspielraum zu. In diesen greift das Bundesgericht nur ein, wenn sie wesentliche

Interessen falsch bewertet oder ausser Acht gelassen hat oder den Sachentscheid in unzulässiger Weise präjudiziert und damit im Ergebnis Bundesrecht vereitelt (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; Urteil 1C\_88/2009 vom 31. August 2009 E. 3.1).

2.2. Die Anordnung der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer, sein Reglement an die Vorgaben der GwV-FINMA anzupassen, wurde dadurch, dass einer dagegen gerichteten Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist, als vorzeitig vollstreckbar erklärt. Sie kommt damit einer vorsorglichen Regelungsmassnahme gleich ( SEILER, a.a.O., N. 31 zu Art. 56 VwVG; HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess; in: ZSR 1997 II S. 309; für das Zivilprozessrecht SPRECHER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 262 ZPO) und schafft für die Dauer des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens einen gerichtlich noch nicht überprüften und damit möglicherweise rechtswidrigen Zustand ( SEILER, a.a.O., N. 31 zu Art. 56 VwVG), wofür gewichtige öffentliche Interessen vorliegen müssen.

2.3. Für die Abweisung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch die Vorinstanz ist mit Bezug auf Ziff. 6 der Verfügung der FINMA indes kein sachlicher Grund ersichtlich. Den von der Beschwerdegegnerin befürchteten Rechts- und Reputationsrisiken sowie dem Risiko einer Schädigung des Ansehens und der Funktionsfähigkeit des Schweizerischen Finanzplatzes wird durch die von der FINMA angeordneten Übergangsregelung (Ziff. 4 der Verfügung der FINMA) nach eigener Auffassung der Beschwerdegegnerin ausreichend Rechnung getragen (Art. 1 Abs. 3 GwV-FINMA). Gemäss vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellung hat der Beschwerdeführer die Anordnung in Ziff. 5 der Verfügung FINMA bereits vollzogen und sein Reglement am 21. März 2014 im Umfang der angeordneten Übergangsregelung (gemäss Ziff. 4 Verfügung FINMA) angepasst.

Ob die FINMA berechtigt war, den dem Beschwerdeführer angeschlossenen und ihr nicht direkt unterstellten Finanzintermediären sowie Personen nach § 2 (Geltungsbereich) des Reglements des Beschwerdeführers Konkretisierungen deren Sorgfaltspflichten nach dem 2. Kapitel GwG anzuordnen (vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. e, Art. 25 Abs. 2 GwG; Art. 1 Abs. 1 GwV-FINMA), liegt ausserhalb des Streitgegenstands des bundesgerichtlichen Verfahrens (oben E. 1.2.3) und ist nicht zu beurteilen. Inwiefern jedoch angesichts dieser Anordnungen und den vom Beschwerdeführer ergriffenen Massnahmen für den unmittelbaren Vollzug einer darüber hinausgehenden Reglementsanpassung (Ziff. 6 Verfügung FINMA) im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen vorinstanzlichen Zwischenverfügung vom 13. Mai 2014 ein Anordnungsgrund in Form unmittelbar bedrohter öffentlicher Interessen bestehen soll, lässt sich der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung nicht entnehmen und hat die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren nicht dargetan. Auch ist nicht zu erkennen, weshalb der Beschwerdeführer bei dieser Ausgangslage verpflichtet werden sollte, bereits während hängigem Verfahren, also bevor das Bundesverwaltungsgericht überhaupt über die Rechtmässigkeit der Anordnung

entschieden hat, ein Umsetzungskonzept zu erarbeiten und der FINMA vorzulegen. Damit erweist sich die Abweisung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 21. März 2014, Dispositivziffer 6, als unhaltbar und willkürlich, weshalb die Beschwerde begründet und gutzuheissen ist.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Parteientschädigung im Umfang von Fr. 5'000.-- auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird gutgeheissen. Die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Mai 2014 wird aufgehoben, soweit damit der Antrag des Beschwerdeführers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde vom 23. April 2014 gegen Dispositivziffer 6 der Verfügung der FINMA vom 21. März 2014 abgelehnt worden ist. Der Beschwerde des Beschwerdeführers an das Bundesverwaltungsgericht vom 23. April 2014 gegen die Verfügung der FINMA vom 21. März 2014, Dispositivziffer 6, wird die aufschiebende Wirkung erteilt.

2.

Für das bundesgerichtliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Juli 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall