

2023 IV/4

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. GmbH gegen
VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen
B-2149/2022 vom 21. November 2023

Anschluss einer Betreiberin eines Krypto-Wechselautomaten an eine Selbstregulierungsorganisation. Rechtliche Qualifikation des Entscheids einer Selbstregulierungsorganisation über den (Nicht-)Anschluss eines Finanzintermediärs des Parabankensektors.

Art. 35 Abs. 2, Art. 178 Abs. 3 BV. Art. 5 VwVG. Art. 2 Abs. 3, Art. 12, Art. 14, Art. 18, Art. 24, Art. 25 GwG.

1. **Massgeblich ist ein materieller Verfügungsbegriff. Eine Verfügung liegt vor, wenn eine Verwaltungshandlung die vom Verfügungsbegriff geforderten Strukturmerkmale aufweist. Allfällige Formmängel ändern grundsätzlich nichts am Verfügungscharakter (E. 3.1–3.2).**
2. **Die Verfügungskompetenz reicht im Rahmen einer Auslagerung nur so weit, als wenigstens für die Übertragung der öffentlichen Aufgabe eine gesetzliche Grundlage besteht und diese die Berechtigung zu einseitigen, verbindlichen Regelungen allfälliger Rechtsverhältnisse mitenthält (E. 4).**
3. **Eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation erfüllt im Rahmen der ihr übertragenen Kompetenzen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe. Art. 14 GwG enthält neu die Pflicht einer Selbstregulierungsorganisation zur Aufnahme eines Finanzintermediärs des Parabankensektors. Sie ist beim Entscheid über den (Nicht-)Anschluss an die Grundrechte gebunden (E. 5.1–5.4).**
4. **Der Entscheid einer Selbstregulierungsorganisation über den (Nicht-)Anschluss ergeht seit der Revision des Geldwäschereigesetzes vom 15. Juni 2018 gestützt auf Art. 14 GwG (E. 5.5–6.6) und ist als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren (E. 7). Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung einer dagegen erhobenen Beschwerde zuständig (E. 8).**

Affiliation d'une société exploitant des automates de change de cryptomonnaies à un organisme d'autorégulation. Qualification juridique de

la décision d'un organisme d'autorégulation sur l'affiliation (ou non) d'un intermédiaire financier du secteur parabancaire.

Art. 35 al. 2, art. 178 al. 3 Cst. Art. 5 PA. Art. 2 al. 3, art. 12, art. 14, art. 18, art. 24, art. 25 LBA.

- 1. La notion matérielle de décision est déterminante. Il y a décision lorsqu'un acte d'administration présente les caractéristiques structurelles exigées par la notion de décision. L'existence de vices de forme n'entache en principe pas le caractère de décision (consid. 3.1 et 3.2).**
- 2. La compétence décisionnelle d'une autorité présuppose à tout le moins une base légale lui délégrant la tâche publique et l'habilitant à régler d'éventuels rapports juridiques de manière unilatérale et contraignante (consid. 4).**
- 3. Dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées, un organisme d'autorégulation reconnu accomplit une tâche de droit public. L'art. 14 LBA oblige désormais les organismes d'autorégulation à affilier les intermédiaires financiers du secteur parabancaire. Dans sa décision d'affiliation (ou de non-affiliation), l'organisme est tenu de respecter les droits fondamentaux (consid. 5.1–5.4).**
- 4. Depuis la révision de la loi sur le blanchiment d'argent du 15 juin 2018, la décision d'un organisme d'autorégulation concernant l'affiliation (ou la non-affiliation) est rendue en vertu de l'art. 14 LBA (consid. 5.5–6.6) et qualifiée de décision au sens de l'art. 5 PA (consid. 7). Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger les recours contre une telle décision (consid. 8).**

Affiliazione di un gestore di distributori automatici di criptovalute a un organismo di autodisciplina. Qualifica giuridica della decisione di un organismo di autodisciplina in merito all'affiliazione (o non affiliazione) di un intermediario finanziario del settore parabancaario.

Art. 35 cpv. 2, art. 178 cpv. 3 Cost. Art. 5 PA. Art. 2 cpv. 3, art. 12, art. 14, art. 18, art. 24, art. 25 LRD.

- 1. È determinante la nozione di decisione materiale. Si è in presenza di una decisione quando un atto amministrativo presenta le caratteristiche strutturali previste dalla nozione di decisione.**

Eventuali vizi formali non intaccano, di principio, il carattere di decisione (consid. 3.1–3.2).

- 2. La competenza decisionale di un'autorità si estende solo nella misura in cui esista una base legale che deleghi un compito pubblico e comprenda la facoltà di disciplinare in modo unilaterale e che vincolante eventuali rapporti giuridici (consid. 4).**
- 3. Nell'ambito delle competenze che gli sono delegate, un organismo di autodisciplina riconosciuto adempie un compito di diritto pubblico. L'art. 14 LRD prevede ora l'obbligo per questi organismi di affiliare gli intermediari finanziari del settore parabancario. Nel decidere in merito all'affiliazione o non affiliazione, l'organismo di autodisciplina deve rispettare i diritti fondamentali (consid. 5.1–5.4).**
- 4. Dall'entrata in vigore della revisione del 15 giugno 2018 della legge sul riciclaggio di denaro, la decisione di un organismo di autodisciplina in merito all'affiliazione o non affiliazione di un intermediario finanziario è retta dall'art. 14 LRD (consid. 5.5–6.6) ed è qualificata come decisione ai sensi dell'art. 5 PA (consid. 7). Il Tribunale amministrativo federale è competente per giudicare un ricorso interposto contro tale decisione (consid. 8).**

Die X. GmbH (nachfolgend: X.) beabsichtigt, Wechselautomaten zum An- und Verkauf von virtuellen Währungen gegen Fiat-Geld (Schweizer Franken und Euro) für natürliche Personen zu betreiben. Der Betrieb von Krypto-Wechselautomaten stellt unbestrittenermassen eine Geldwechsellätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG (SR 955.0) in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Geldwäschereiverordnung vom 11. November 2015 (GwV, SR 955.01) dar, sofern durch technische Massnahmen zweifelsfrei sichergestellt ist, dass ausschliesslich Zweiparteiengeschäfte abgewickelt werden.

Die Betreiber von Krypto-Wechselautomaten sind demnach Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG, die sich gemäss Art. 14 Abs. 1 GwG einer Selbstregulierungsorganisation (nachfolgend: SRO) anschliessen müssen, was auch von der X. so anerkannt ist.

Am 20. September 2019 stellte die X. deshalb ein Aufnahmegesuch beim VQF Verein zur Qualitätssicherung (nachfolgend: VQF), einer SRO nach

Art. 24 GwG. Mit Schreiben vom 10. März 2020 verweigerte der VQF der X. die Aufnahme als Vereinsmitglied.

Daraufhin beantragte die X. erneut die Aufnahme beim VQF. Mit Beschluss vom 21. April 2021 verweigerte der VQF der X. erneut die Aufnahme.

Mit Schreiben vom 7. Juni 2021 und 19. August 2021 ersuchte die X. den VQF um Erlass einer begründeten und rechtsmittelfähigen Verfügung über ihre (Nicht-)Aufnahme als Mitglied. Der VQF gab in der Folge nur eine kurze Begründung zur Nichtaufnahme ab.

Mit Beschwerde vom 9. Mai 2022 beantragt die X. im Hauptbegehren die Feststellung der Rechtsverweigerung durch die Vorinstanz sowie die Verpflichtung der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin Anschluss an die SRO zu gewährleisten.

Das Bundesverwaltungsgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Mit Schreiben vom 21. April 2021 verweigerte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Aufnahme in ihre SRO, was sie mit Schreiben vom 31. August 2021 unter Verweis auf ihr internes Verfahrensreglement vom 30. März 2021 beziehungsweise vom 31. März 2019 begründete.

2.2 Die Beschwerdeführerin vertritt vor Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass sich der Entscheid über die (Nicht-)Aufnahme in eine SRO auf Art. 14 GwG und damit auf öffentliches Recht stütze. Es handle sich beim Beschluss vom 21. April 2021 « in seiner Gestalt der nachgeschobenen Begründung vom 31. August 2021 » zwar um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die allerdings aufgrund gravierender Eröffnungsmängel nichtig sei. Sie beantragt deshalb im Hauptantrag, es sei festzustellen, dass die Vorinstanz eine Rechtsverweigerung begangen und eine rechtmässige Verfügung zu erlassen habe. Eventualiter beantragt sie, die Verfügung der Vorinstanz vom 21. April 2021 (« in seiner Gestalt der nachgeschobenen Begründung vom 31. August 2021 ») sei vollumfänglich aufzuheben.

2.3 Die Vorinstanz vertritt hingegen die Ansicht, dass sich ihre Anordnung auf ihre privatrechtlichen Vereinsstatuten, Reglemente und

sonstigen Erlasse stütze. Sie entscheide daher privatrechtlich über die Aufnahme beziehungsweise Nichtaufnahme und erlasse keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG.

2.4 Unabhängig davon, ob – wie von der Beschwerdeführerin im Hauptbegehren vorgebracht – eine Rechtsverweigerung vorliegt, ist daher in jedem Fall zu prüfen, ob sich die Anordnung der Vorinstanz über den (Nicht-)Anschluss eines Finanzintermediärs auf öffentliches Recht stützt beziehungsweise zu stützen hätte und die Vorinstanz damit in Form einer Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG handelte beziehungsweise hätte handeln müssen.

3.

3.1 Art. 5 Abs. 1 VwVG definiert die Verfügung als Anordnung der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder des Umfangs von Rechten oder Pflichten (Bst. b) oder die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren (Bst. c) zum Gegenstand hat.

3.2 Praxis und Lehre umschreiben die Verfügung als individuellen, an den Einzelnen gerichteten Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (BGE 139 V 143 E. 1.2; 139 V 72 E. 2.2.1; 135 II 38 E. 4.3, je m.w.H.). Als konkrete Prüfkriterien gelten folgende fünf Elemente: (i) hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde, (ii) individuell-konkrete Anordnung, (iii) Anwendung von (Bundes-)Verwaltungsrecht, (iv) auf Rechtswirkung ausgerichtete Anordnung sowie (v) Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 855 ff.; UHLMANN/KRADOLFER, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 5 N. 23).

Massgeblich ist ein materieller, nicht ein formeller Verfügungsbegriff. Es bestehen zwar Erwartungen an die Form einer Verfügung (Art. 35 VwVG), doch sind diese nicht Voraussetzungen des Verfügungsbegriffs, sondern dessen Folge. Eine Verfügung liegt somit vor, wenn eine Verwaltungshandlung die vom Verfügungsbegriff geforderten Strukturmerkmale (vgl. E. 3.1 f. hiervor) aufweist (BVGE 2009/43 E. 1.1.4; Urteil des BVGer B-198/2014 vom 5. November 2014 E. 2.3.2). Entweder ist ein staatlicher

Akt eine Verfügung oder er ist es nicht (MARKUS MÜLLER, in: Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 5 N. 10; in diesem Sinne auch schon FRITZ GYGI, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, 1986, S. 227 f. und 235 f.). Das heisst, jeder Bescheid, mit dem eine Behörde im Einzelfall gestützt auf öffentliches Recht über Rechte und Pflichten einer Person befindet, stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar (SUSANNE GENNER, Die Verfügungspflicht der Verwaltungsbehörden, 2013, S. 77). Allfällige Formmängel – soweit nicht geradezu von einer nichtigen Verfügung auszugehen ist – sind nach Art. 38 VwVG zu würdigen, ändern aber nichts am Verfügungscharakter (Urteil des BVerfG F-3226/2021 vom 11. Juli 2023 E. 1.2.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 871 f.; UHLMANN/KRADOLFER, a.a.O., Art. 5 N. 143).

Zu prüfen ist vorliegend insbesondere, ob der (Nicht-)Aufnahmebeschluss der Vorinstanz vom 21. April 2021 (« in seiner Gestalt der nachgeschobenen Begründung vom 31. August 2021 ») – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – als hoheitliches Handeln (obgenanntes Kriterium i; s. nachfolgend E. 4) unter Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes (obgenanntes Kriterium iii; s. nachfolgend E. 5 und 6) zu qualifizieren ist.

4.

Hoheitliches Handeln bedeutet dabei, dass eine Behörde gegenüber dem Privaten einseitig und übergeordnet auftritt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 855). Unter den Begriff der Behörde fallen unter anderem « andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen » (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG). Eine Behörde ist demnach jeder Verwaltungsträger, der mit der Erfüllung von Staatsaufgaben betraut ist (Urteil des BVerfG A-2039/2006 vom 23. April 2007 E. 2.2.1). Mitunter kann auch Privatrechtssubjekten Behördenstatus zukommen (Urteil des BVerfG A-7367/2006 vom 8. August 2007 E. 1.1). Behörden kommt indessen trotz gegebener Verwaltungsbefugnis unter Umständen keine Verfügungsbefugnis zu, dies namentlich dann, wenn das Gesetz andere verwaltungsrechtliche Handlungsformen vorschreibt oder wenn das Rechtsverhältnis unter das Zivilrecht fällt (Urteil A-2039/2006 E. 2.2.2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Übertragung der Verwaltungsaufgabe allerdings die Verfügungsbefugnis implizit einschliessen, wenn sie zur Erfüllung der Verwaltungsaufgabe unerlässlich ist (BGE 144 II 376 E. 7; 138 II 134 E. 5.1; Urteile des BVerfG 2C_39/2018 vom 18. Juni 2019 E. 2.4; 2C_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3.2). Die

Verfügungsbefugnis reicht daher jedenfalls nur so weit, als wenigstens für die Übertragung der Aufgabe eine gesetzliche Grundlage vorliegt und diese die Berechtigung zu einseitigen, verbindlichen Regelungen allfälliger Rechtsverhältnisse mitenthält (Urteile 2C_39/2018 E. 2.4; 2C_715/2008 E. 3.2).

5.

5.1 Der Gesetzgeber hat zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in Art. 3 ff. GwG verschiedene konkretisierungsbedürftige Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre eingeführt. Deren Einhaltung und Konkretisierung in weiteren Erlassen unterliegen der staatlichen Kontrolle (Art. 12 ff. GwG); diese Kontrolle beruht (teilweise) auf dem Prinzip der « Selbstregulierung » (vgl. dazu ausführlich CHRISTOPH ERRASS, Technikregulierungen zur Gewährleistung von Sicherheit, Sicherheit & Recht 2/2016 S. 63 ff., 66 ff. und 85 ff.). Bei der regulierten Selbstregulierung stellt der Staat in einem Rechtserlass – hier im GwG – die Grundlage für eine private Selbstregulierung bereit (BGE 143 II 518 E. 10; 143 II 162 E. 2.1). Je nach Kategorie, welcher ein Finanzintermediär zuzuordnen ist, untersteht er der Aufsicht durch die FINMA (Art. 12 Bst. a GwG), durch die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK; Art. 12 Bst. b GwG), durch die interkantonale Aufsichts- und Vollzugsbehörde nach Art. 105 des Geldspielgesetzes vom 29. September 2017 (BGS, SR 935.51; interkantonale Behörde; Art. 12 Bst. b^{bis} GwG), durch das Zentralamt für Edelmetallkontrolle (Zentralamt; Art. 12 Bst. b^{ter} GwG) oder aber durch eine anerkannte SRO (Art. 12 Bst. c GwG; zum Aufsichtskonzept vgl. THOMAS NAGEL, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes [GwG], 2020, Rz. 58 ff. und 247 ff.).

5.2 Die anerkannten SRO gemäss Art. 24 GwG erfüllen laut ständiger Rechtsprechung, ungeachtet ihrer privatrechtlichen Organisation, eine öffentlich beziehungsweise öffentlich-rechtliche Aufgabe im Rahmen der ihnen diesbezüglich übertragenen staatlichen Kompetenzen (BGE 143 II 162 E. 2.3; Urteile des BGer 2C_71/2018 vom 11. März 2019 E. 2.4; 2C_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1). Die formell-gesetzliche Grundlage der Aufgabendelegation (Art. 178 Abs. 3 BV) an die anerkannten SRO ist in Art. 18 GwG in Verbindung mit Art. 24 GwG und Art. 25 GwG zu erblicken, wonach die FINMA den SRO von Gesetzes wegen die Anerkennung erteilt und entzieht (Art. 18 Abs. 1 Bst. a GwG), die anerkannten SRO beaufsichtigt (Art. 18 Abs. 1 Bst. b GwG) und die (die geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten konkretisierenden) Reglemente der SRO

(Art. 25 GwG) sowie deren Änderungen genehmigt (Art. 18 Abs. 1 Bst. c GwG; Urteil 2C_71/2018 E. 2.4). Die FINMA sorgt dafür, dass die anerkannten SRO gegenüber den ihnen angeschlossenen Finanzintermediären die reglementarischen Vorgaben durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 Bst. d GwG).

Eine wesentliche Aufgabe der SRO besteht in der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten nach Art. 3 ff. GwG und der Beaufsichtigung der ihr angeschlossenen Finanzintermediäre bezüglich der Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten (HODEL/SALAMON, Zur Rechtsnatur von SRO-Reglementen, GesKR 4/2021 S. 480–482). Die SRO haben ein Reglement zu erlassen, das von der FINMA zu genehmigen ist (Art. 18 Abs. 1 Bst. c GwG). Neben der Konkretisierung der geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten (Art. 25 Abs. 2 GwG) bestimmt das Reglement die Voraussetzungen für den An- und Ausschluss von Finanzintermediären, die Kontrolle der Einhaltung der Pflichten gemäss Art. 3 ff. GwG und angemessene Sanktionen (Art. 25 Abs. 3 GwG).

5.3 Bis zum 31. Dezember 2019 hatten die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG die Wahl, ob sie sich einer anerkannten SRO anschliessen oder bei der FINMA eine Bewilligung für die auszuübende Tätigkeit einholen und sich damit direkt der Aufsicht der FINMA unterstellen wollten (Art. 14 Abs. 1 GwG in der Fassung vom 22. Juni 2007 [AS 2008 5207; nachfolgend: aGwG]). Mit der Revision des Geldwäschereigesetzes vom 15. Juni 2018, die seit dem 1. Januar 2020 in Kraft ist (AS 2018 5247, 2019 4631), ist die Möglichkeit zur freiwilligen Unterstellung unter die direkte Aufsicht durch die FINMA entfallen (Art. 14 Abs. 1 GwG e contrario). Neu statuiert Art. 14 Abs. 1 GwG für die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG die Pflicht zum Anschluss an eine SRO (sie « müssen sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen »). Der Anschluss an eine SRO rückt damit in die Nähe einer Polizeibewilligung: finanzintermediäre Tätigkeiten gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG sind ohne den erforderlichen SRO-Anschluss grundsätzlich verboten (FRIGO/JAIN, in: Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, 2021, Art. 14 N. 8, nachfolgend: BSK-GwG).

5.4 Als Gegenstück zur Schaffung der SRO-Anschlusspflicht wurde mit der Revision des GwG vom 15. Juni 2018 eine Aufnahmepflicht der SRO eingeführt (Art. 14 Abs. 2 GwG). Der Finanzintermediär hat einen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die SRO, wenn er die in Art. 14 Abs. 2 GwG aufgelisteten Kriterien erfüllt (FRIGO/JAIN, in: BSK-GwG, a.a.O., Art. 14 N. 4; RALPH WYSS, in: GwG/AMLA Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 14 N. 8). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, muss die

SRO die Aufnahme bewilligen (vgl. zur Polizeibewilligung TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 1208 ff.). Aufgrund der relativ offenen Kriterien in Art. 14 Abs. 2 GwG, insbesondere der Anforderungen an die Gewähr und den guten Ruf der Finanzintermediäre selbst, der Verwaltung und der mit der Geschäftsführung betrauten Personen sowie der qualifiziert Beteiligten ist nicht zu verkennen, dass der SRO dabei ein gewisser Spielraum zukommt (FRIGO/JAIN, in: BSK-GwG, a.a.O., Art. 14 N. 8). Als Träger einer öffentlichen Aufgabe sind die SRO zudem an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Das Anschlussverfahren muss deshalb unter anderem willkürfrei sein, die Finanzintermediäre sind rechtsgleich zu behandeln und es ist ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren (Urteile des BGer 2C_887/2017 vom 23. März 2021 E. 4.3.3; 2C_887/2010 E. 6.1; Urteile des BVGer B-1645/2019 vom 11. Juni 2019 E. 4; B-3883/2009 vom 7. Oktober 2010 E. 3.3; so auch Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], BBl 2015 8901, 9069, nachfolgend: Botschaft FIDLEG/FINIG).

5.5 Vorliegend ist fraglich, ob sich der Entscheid einer SRO über den An- oder Nichtanschluss eines Finanzintermediärs unmittelbar auf Art. 14 Abs. 2 GwG und damit auf öffentliches Recht stützt oder ob die SRO in ihren privatrechtlichen Vereinsstatuten und Reglementen von Art. 14 Abs. 2 GwG abweichen können und der Entscheid damit letztlich auf Privatrecht gründet. Ist Letzteres der Fall, handelte die Vorinstanz bei dem Entscheid über den Nichtanschluss der Beschwerdegegnerin rein privatrechtlich, es würde kein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegen und das Bundesverwaltungsgericht könnte mangels Zuständigkeit auf die vorliegende Beschwerde nicht eintreten.

Nachfolgend ist daher durch Auslegung (zu den Auslegungsregeln vgl. z.B. BGE 131 II 697 E. 4.1) zu ermitteln, ob eine SRO an die in Art. 14 Abs. 2 GwG statuierten Voraussetzungen ohne Abweichungsmöglichkeit gebunden ist oder ob sie in ihren Reglementen davon abweichen darf.

6.

Art. 14 Abs. 2 GwG lautet wie folgt:

Art. 14 GwG Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation

¹ [...]

² Ein Finanzintermediär nach Artikel 2 Absatz 3 hat Anspruch auf Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation, wenn:

- a. er durch seine internen Vorschriften und seine Betriebsorganisation die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz sicherstellt;
- b. er einen guten Ruf genießt und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz bietet;
- c. die mit seiner Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen die Voraussetzungen nach Buchstabe b auch erfüllen; und
- d. die an ihm qualifiziert Beteiligten einen guten Ruf genießen und gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt.

6.1 Der Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 GwG, wonach « der Finanzintermediär [...] Anspruch auf Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation [hat], wenn [...] », ist insofern klar, als dass die SRO in ihren Reglementen (Art. 25 Abs. 3 Bst. a GwG) – neben einer allfälligen Zugehörigkeit zu einem gewissen Bereich des Finanzsektors gemäss Art. 14 Abs. 3 GwG – keine über die explizit in Art. 14 Abs. 2 Bst. a–d GwG genannten Kriterien hinausgehenden Anschlussvoraussetzungen vorsehen dürfen (CHRISTEN/KUERT, in: BSK-GwG, a.a.O., Art. 25 N. 29; MICHAEL KUNZ, Aktuelle Entwicklungen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei, Jusletter 9. März 2020, Rz. 26). Inwiefern eine SRO den Anschluss von Finanzintermediären auch an weniger weitgehende Kriterien anknüpfen darf, lässt sich dem Gesetzestext von Art. 14 Abs. 2 GwG nicht entnehmen.

7. In teleologischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass es sich beim GwG um ein polizeiliches Rahmengesetz im Bereich des Finanzmarktrechts handelt (Botschaft vom 17. Juni 1996 zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [Geldwäschereigesetz, GwG], BBl 1996 III 1101, 1115, nachfolgend: Botschaft GwG; NAGEL, a.a.O., Rz. 62 ff.; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 Bst. f FINMAG [SR 956.1]). Es dient dem Schutz von Polizeigütern (Botschaft GwG, BBl 1996 III 1101, 1164). Art. 1 GwG nennt als Regelungszweck die Bekämpfung der Geldwäscherei und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht dienen die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei dem Schutz des Finanzsystems vor Missbrauch durch das organisierte Verbrechen oder Terrorismus (Funktionsschutz). Die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei dienen zudem den

Interessen der Strafverfolgung (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG], BBl 2006 2829, 2859). Den genannten Zwecken ist bei der Auslegung der einzelnen Normen Rechnung zu tragen.

Die SRO-Anschlusspflicht gemäss Art. 14 Abs. 2 GwG dient schliesslich – wie das GwG im Allgemeinen – durch die Stärkung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dem Polizeigüterschutz (Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8901, 9091; SUSANNE EMMENEGGER, Zulässigkeit eines SRO-Anschlusszwangs für Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG, Rechtsgutachten zuhanden des Eidg. Finanzdepartements, 4. November 2013, S. 24). Die Festlegung klarer Voraussetzungen, unter denen ein Finanzintermediär nach Art. 2 Abs. 3 GwG auf dem Markt auftreten kann, schafft Transparenz und Vertrauen.

Die Anforderungen nach Art. 14 Abs. 2 Bst. a GwG betreffen die internen Vorschriften und die Betriebsorganisation der Finanzintermediäre. Diese Bestimmung stellt keine über Art. 8 GwG betreffend organisatorische Massnahmen der Finanzintermediäre hinausgehenden Anforderungen (CHRISTEN/KUERT, in: BSK-GwG, a.a.O., Art. 25 N. 29; vgl. auch Botschaft GwG, BBl 1996 III 1101, 1136, die auf Art. 8 GwG verweist). Die Bestimmung hat vielmehr präventive Funktion und dient der Geldwäschereibekämpfung sowie der Verhinderung der Terrorfinanzierung (MARTIN PEYER, in: BSK-GwG, a.a.O., Art. 8 N. 4) durch Dritte, namentlich dem Personal des Finanzintermediärs (Urteil des BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 4.1; THOMAS JUTZI, in: Geldwäschereigesetz [GwG], Handkommentar, 2017, Art. 8 N. 3) und damit dem Schutz des Vertrauens in den Finanzplatz Schweiz (sog. Funktionsschutz).

Die vom Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 2 GwG aufgestellten Anschlussvoraussetzungen betreffen insbesondere den guten Ruf und die Gewähr eines bestimmten Personenkreises (Bst. b–d). Neben dem Finanzintermediär selbst haben auch die Organe einen guten Ruf zu geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten gemäss GwG zu erfüllen. Qualifizierte Beteiligte haben ebenfalls einen guten Ruf zu geniessen und zu gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt. Dieses sogenannte Gewährserfordernis findet sich auch in anderen Finanzmarktgesetzen, namentlich in Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG (SR 952.0), in Art. 11 des Finanzinstitutsgesetzes vom 15. Juni 2018 (FINIG, SR 954.1) oder in Art. 14 VAG (SR 961.01). Das Gewährserfordernis dient insofern in allen Finanzgesetzen dem Funktionsschutz (BGE 111 Ib 126 E. 2a; Urteil des BGer

2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2010/39 E. 4.1.3, 2008/23 E. 3.1).

Nach dem Gesagten wäre es mit dem Sinn und Zweck des GwG im Besonderen und des Finanzmarktrechts im Allgemeinen sowie ganz konkret von Art. 14 Abs. 2 GwG nicht vereinbar, wenn ein Finanzintermediär, der selbst und/oder dessen Organe und/oder qualifiziert Beteiligte keinen guten Ruf geniessen und/oder keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten können, sich an eine SRO anschliessen und somit in zulässiger Weise finanzintermediäre Tätigkeiten in der Schweiz aufnehmen könnte (CHRISTEN/KUERT, in: BSK-GwG, a.a.O., Art. 25 N. 29). Dies umso mehr, als mit dem Wegfall der freiwilligen Direktunterstellung unter die FINMA nach Art. 14 Abs. 1 aGwG die Geldwäscherei-Prävention nicht geschwächt werden sollte (Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8901, 9069).

7.1 Art. 14 Abs. 2 GwG wurde mit der Revision des GwG vom 15. Juni 2018 (vgl. E. 5.3 hiervor) neu gefasst, wobei die Bewilligungsvoraussetzungen für eine Direktunterstellung gemäss Art. 14 Abs. 2 aGwG als Voraussetzungen für einen Anschluss eines Finanzintermediärs an eine SRO übernommen wurden. Der Vorentwurf des Bundesrates zum revidierten GwG vom 4. November 2015 (nachfolgend: VE-GwG) enthielt in Art. 14 Abs. 3 VE-GwG noch die explizite Befugnis der SRO, in ihren Reglementen neben den in Art. 14 Abs. 2 VE-GwG explizit statuierten Kriterien weitere Anschlussvoraussetzungen vorzusehen. Diese Möglichkeit wurde jedoch bereits im Entwurf zum revidierten GwG vom 4. November 2015 ohne Begründung in der Botschaft fallen gelassen. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat in der Botschaft FIDLEG/FINIG die in Art. 14 Abs. 2 GwG statuierten Anschlussvoraussetzungen als « Minimalvoraussetzungen » betrachtete. In diesem Zusammenhang führt er auch aus, dass « [d]ie Voraussetzungen für den Anschluss an eine SRO weiterhin dem Grundsatz nach auf Gesetzesstufe (Art. 14 [GwG]) verankert » werden (Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8901, 9069). Obwohl die Verwendung des Begriffs « weiterhin » irreführend ist (waren doch die Anschlussvoraussetzungen bis zum Inkrafttreten des revidierten GwG am 1. Januar 2020 gerade nicht gesetzlich verankert), scheint klar, dass der Bundesrat von der Unabänderlichkeit der in Art. 14 Abs. 2 GwG statuierten Anschlussvoraussetzungen ausging.

Sodann ging schon der Gesetzgeber von 1997 davon aus, dass die in Art. 14 Abs. 2 aGwG statuierten Bewilligungsvoraussetzungen für die direkte Unterstellung der Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG unter

die Aufsicht der Kontrollstelle für Geldwäscherei beziehungsweise seit dem 1. Januar 2009 der FINMA (AS 2008 5207) einen gewissen Minimalstandard darstellt und die SRO gleichwertige Anforderungen an den Anschluss der Finanzintermediäre zu stellen haben (Botschaft GwG, BBl 1996 III 1101, 1148 f.).

Die historische Auslegung von Art. 14 Abs. 2 GwG führt daher zum Schluss, dass die SRO beim Entscheid über die Aufnahme eines Finanzintermediärs an die in Art. 14 Abs. 2 GwG statuierten Kriterien gebunden ist. Es gibt in den Materialien keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass den SRO bei der Festlegung der Aufnahmevoraussetzungen in ihren Reglementen ein Ermessen zukommt.

7.2 Aus der systematischen Stellung von Art. 14 Abs. 2 GwG im 1. Abschnitt des 3. Kapitels des GwG betreffend allgemeine Bestimmungen zur Aufsicht lassen sich keine Schlüsse ziehen, ob eine SRO bei der Statuierung der Anschlussvoraussetzungen von Art. 14 Abs. 2 GwG abweichen darf. Es ist in systematischer Hinsicht jedoch zu berücksichtigen, dass die Anschlusspflicht in Art. 14 Abs. 1 GwG einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Finanzintermediäre darstellt (faktisches Berufsverbot mit Genehmigungsvorbehalt) und auch die negative Vereinigungsfreiheit (Art. 23 Abs. 3 BV) tangiert. Beides ist nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Für einen Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen bedarf es unter anderem einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Je gewichtiger ein Grundrechtseingriff ist, desto höher sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage (BGE 147 I 103 E. 14.2; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., Rz. 428). Aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip; Art. 5 Abs. 1 BV) folgt daher, dass sämtliche Anschlussvoraussetzungen ausdrücklich und klar auf Gesetzesstufe zu normieren sind (im Zusammenhang mit einer Polizeibewilligung vgl. BGE 140 I 218 E. 6.5).

7.3 Die Auslegung von Art. 14 Abs. 2 GwG ergibt somit, dass die dort statuierten Anschlussvoraussetzungen nicht nur « Maximalvoraussetzungen », sondern auch « Minimalvoraussetzungen » sind. Demnach können die SRO bei der Formulierung ihrer von der FINMA genehmigten Reglemente in Bezug auf die Anschlussvoraussetzungen nicht von Art. 14 Abs. 2 GwG abweichen: Sie dürfen in ihren Reglementen weder weitgehendere noch weniger weitgehende Voraussetzungen festlegen. Gemäss Art. 14 Abs. 3 GwG können die SRO den Anschluss einzig – neben den zwingenden Kriterien nach Art. 14 Abs. 2 GwG – von der Tätigkeit in einem bestimmten Bereich abhängig machen.

7.4 Der Aufnahmebeschluss einer SRO stützt sich damit – entgegen der vorinstanzlichen Auffassung – unter dem revidierten Art. 14 GwG nicht auf das entsprechende SRO-Reglement, sondern letztlich nur auf Art. 14 Abs. 2 GwG und somit auf öffentliches Recht des Bundes. Angesichts der Gesetzesänderung muss die Frage einer allfälligen Praxisänderung, die das Bundesgericht im Urteil 2C_887/2017 aufgeworfen hat, nicht beantwortet werden.

8.

Der Beschluss der Vorinstanz über den Nichtanschluss der Beschwerdeführerin vom 21. April 2021 (« in seiner Gestalt der nachgeschobenen Begründung vom 31. August 2021 ») weist auch die übrigen Strukturmerkmale einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG auf. Die Anordnung richtet sich individuell-konkret an die Beschwerdeführerin, gestaltet deren Rechtsposition (Verbot zur Aufnahme der finanzintermediären Tätigkeit) und ist verbindlich. Zudem handelt die Vorinstanz als SRO zumindest beim Entscheid über den Anschluss eines Finanzintermediärs in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgabe gestützt auf Art. 14 GwG hoheitlich. Der Beschluss vom 21. April 2021 samt Begründung vom 31. August 2021 ist somit eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.

9.

9.1 Zusammenfassend ist damit festzuhalten: Die Vorinstanz ist ein privatrechtlicher Verein, sie nimmt zum einen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahr, weshalb sie an die Grundrechte nach Art. 35 Abs. 2 BV gebunden ist. Zum anderen entscheidet sie über den Nichtanschluss der Beschwerdeführerin an sie selbst hoheitlich in Form einer Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Die Vorinstanz ist damit auch eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG und Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG.

9.2 Die Beschwerde richtet sich damit im Eventualbegehren gegen eine (mangelhafte) Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG im Bereich des Geldwäschereirechts und bei Nichtigkeit der Verfügung, wie dies von der Beschwerdeführerin vorgebracht wird, gegen das Verweigern einer solchen (im Hauptbegehren) durch eine Behörde im Sinne von Art. 31 in Verbindung mit Art. 33 Bst. h VGG. Es bestehen keine Ausnahmen nach Art. 32 VGG. Somit ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.