

**Zulässigkeit eines SRO-Anschlusszwangs für  
Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG**

**Rechtsgutachten zuhanden des Eidg. Finanzdepartements**

erstellt von Prof. Dr. Susan Emmenegger, LL.M.  
Professorin an der Universität Bern

Bern, den 4. November 2013

Zulässigkeit eines SRO-Anschlusszwangs für Finanzintermediäre  
im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG

<b>I. Fragestellung und Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>5</b>
1. Fragestellung .....	5
2. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	5
<b>II. Ausgangslage .....</b>	<b>10</b>
1. Überprüfung des DUFİ-Regimes im Rahmen des FIDLEG.....	10
2. Lösungsvorschlag: SRO-Modell mit Anschlusspflicht.....	11
3. Rechtstatsächliches zu den DUFİs.....	11
a) Allgemeine Zahlen.....	11
b) Von einem Anschlusszwang betroffene DUFİs.....	12
4. Rechtstatsächliches zu den SRO .....	12
a) Branchen-SRO .....	13
aa) Klassische Branchen-SRO .....	13
bb) Spezialgesetzliche SRO (SBB).....	14
c) Offene SRO.....	15
aa) Gesamtschweizerische SRO.....	15
bb) Regionale SRO (Tessin) .....	16
<b>III. SRO-Anschlusspflichten im Schweizerischen Finanzmarktrecht .....</b>	<b>16</b>
1. Kontext: Gesteuerte Selbstregulierung .....	16
2. Anschlusszwang im Bankengesetz .....	17
4. Anschlusszwang im Geldwäschereigesetz .....	18
5. Fazit: Bestehende GwG-Regelung als Modell.....	19
<b>IV. Verfassungsmässige Anforderungen an eine SRO-Anschlusspflicht.....</b>	<b>20</b>
1. Betroffene grundrechtliche Schutzbereiche .....	20
2. Anschlusspflicht als Eingriff .....	21
3. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) .....	21
4. Grundsatzkonformes öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2, 94 BV).....	23
a) Allgemeine Zielsetzung des GwG.....	23
b) Spezifische Zwecke der gesteuerten Selbstregulierung.....	24
c) Spezifische Zwecke der neuen SRO-Anschlusspflicht .....	24
d) Grundsatzkonformität der Zielsetzung (Art. 94 BV).....	25
5. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) .....	25
a) Eignung .....	25
b) Erforderlichkeit .....	25
c) Zumutbarkeit der gesetzlichen Neuregelung (Normsetzungsebene) .....	26

d) Zumutbarkeit nur bei grundsatzkonformer Anschlusspraxis (Normanwendungsebene).....	27
6. Wahrung des Kerngehalts (Art. 36 Abs. 4 BV) .....	28
7. Fazit.....	28
a) Verfassungskonformität der SRO-Anschlusspflicht unter dem Vorbehalt der Gewährleistung grundsatzkonformer Anschlussmöglichkeiten .....	28
b) Notwendige Schaffung einer gesetzlichen Grundlage.....	29
c) Gewährleistung grundsatzkonformer Anschlussmöglichkeiten.....	29
<b>V. Anschlussmöglichkeiten für DUFIs in der Praxis: Prognose.....</b>	<b>29</b>
<b>VI. Einzelfragen der SRO-Anschlusspflicht.....</b>	<b>31</b>
1. Grundrechtsbindung privater Verwaltungsträger: Insbesondere Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot.....	31
2. Grundrechtsbindung der SRO: Der Entscheid ARIF .....	32
a) Sachverhalt: Ausschluss ohne Angabe von Gründen .....	32
b) Erwägungen des Bundesgerichts .....	32
aa) Grundrechtsbindung der SRO .....	32
bb) Eingeschränkte Vereinsautonomie .....	33
cc) Kompetenz der FINMA zur Überprüfung der Grundrechtskonformität von SRO-Statuten .....	35
dd) Zulässigkeit einer Verschärfung der Genehmigungspraxis .....	35
3. Konsequenzen für die Frage der Anschlusspflicht .....	36
a) Gleiche Grundrechtsbindung bei Anschluss- und Ausschlussentscheidungen .....	36
aa) Grundrechtsbindung der SRO bei allen Handlungen im Zusammenhang mit der staatlichen Aufgabenerfüllung.....	36
bb) Keine Grundlage für Differenzierung bei der Begründungspflicht gestützt auf Art. 27 GwG.....	37
b) Gesteigerte Bedeutung der Grundrechtsbindung bei Wegfall der Direktaufsicht .....	38
c) Konkrete Folgen.....	39
aa) Keine rechtsungleiche oder willkürliche Anschlussverweigerung.....	39
bb) Begründungspflicht bei Anschlussverweigerung.....	39
cc) Anschlussverweigerung nur aus grundsatzkonformen Gründen.....	40
4. Beurteilung einzelner Zulassungsschranken im Lichte der Neuregelung .....	40
a) Branchenspezifische und regionale Zulassungsschranken .....	40
b) Organisations- oder qualifikationsbezogene Zulassungsschranken .....	40
c) Anschlussverweigerung ohne Angabe von Gründen .....	41

<b>VII. Durchsetzung des grundrechtskonformen Rahmens: Kontrollauftrag der FINMA .....</b>	<b>42</b>
1. Reglements genehmigung und Reglements durchsetzung .....	42
2. Praktische Umsetzung.....	43
3. Fazit: Anpassungsbedarf der Kontrollpraxis.....	43
<b>VIII. Rechtsschutz im Falle sachfremder Aufnahmeverweigerung .....</b>	<b>43</b>
1. Rechtsanspruch auf Anschluss .....	44
a) Parteistellung des abgewiesenen Finanzintermediärs .....	44
aa) Rechtsrahmen .....	44
bb) Anwendung auf den GwG-Kontext .....	47
b) Kompetenz der FINMA zur Bewirkung des Anschlusses.....	47
2. Schiedsgerichte: Zusätzliches Rechtsschutzinstrumentarium .....	48

# I. Fragestellung und Zusammenfassung der Ergebnisse

## 1. Fragestellung

[1] Die Frage, zu welcher dieses Rechtsgutachten Stellung nimmt, lautet wie folgt:

*Ist es zulässig, Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG zu verpflichten, sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen?*

[2] Die Frage stellt sich, weil im Rahmen des FIDLEG erwogen wird, für die Vermögensverwalter des Parabankenbereichs ein Aufsichtsregime zu entwickeln, das über die bisherige GwG-Kontrolle hinausgeht. Dies gibt zu Überlegungen Anlass, das heute geltende duale Kontrollsystem des GwG mit der Wahlmöglichkeit zwischen einer FINMA-Direktaufsicht und einem SRO-Anschluss durch ein ausschliessliches SRO-Kontrollsystem zu ersetzen.

## 2. Zusammenfassung der Ergebnisse

[3] Im Sinne einer Kurzantwort kann zur Frage wie folgt Stellung genommen werden: Es ist verfassungskonform, wenn Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG künftig verpflichtet werden, sich einer GwG-Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen. Eine solche Anschlusspflicht erfüllt das gesetzlich festgelegte Regulierungsziel einer GwG-Kontrolle für alle Finanzintermediäre. Sie ist ein umfassendes, effizientes und transparentes Mittel der Geldwäschereibekämpfung. Der geltende Rechtsrahmen verpflichtet die FINMA zur Gewährleistung von SRO-Anschlussmöglichkeiten, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind (Art. 94 BV). Den im Einzelfall von einer Anschlussverweigerung betroffenen Finanzintermediären steht zudem ein individuelles Rechtsschutzverfahren zur Verfügung.

Im Einzelnen:

[4] 1. Bei der Frage nach einem SRO-Anschlusszwang für Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG ist folgender **zahlenmässiger Hintergrund** zu beachten (Rz. [21]–[24]): Nach derzeitigem Stand sind 6'456 Finanzintermediäre einer SRO angeschlossen. Demgegenüber sind 344 Finanzintermediäre direkt der FINMA unterstellt (DUFIs). Innerhalb der DUFI-Gruppe sind 166 Finanzintermediäre in der Vermögensverwaltung tätig; sie werden den DUFI-Status im Zuge der Regulierung

unter FIDLEG verlieren. Im Ergebnis stellt sich die Frage nach einer SRO-Anschlusspflicht für die übrigen 169 Finanzintermediäre. Diese decken ein weites Feld von Geschäftstätigkeiten ab (z.B. fiduziarische Dienstleistungen, Devisenhandel, Finanzierungsgeschäfte). Sie sollen sich einem SRO-Regime anschliessen, wie es bereits für 6'546 Finanzintermediäre besteht.

- [5] 2. Im Bereich des Finanzmarktrechts ist die Selbstregulierung mit Anschlusspflicht **bereits erfolgreich im Einsatz**: Das Bankengesetz statuiert eine SRO-Anschlusspflicht im Zusammenhang mit der Einlagensicherung (Rz. [43]). Im GwG sind Anwältinnen und Anwälte, Notarinnen und Notare einer SRO-Anschlusspflicht unterstellt. (Art. 14 Abs. 3 GwG). Im Falle eines Wechsels zu einem ausschliesslichen SRO-Kontrollmodell kann man sich ohne Weiteres an der bestehenden GwG-Spezialregel in Art. 14 Abs. 3 GwG orientieren und diese verallgemeinern (Rz. [49]).
- [6] 3. Eine SRO-Anschlusspflicht berührt die davon betroffenen Finanzintermediäre in ihren **verfassungsmässig geschützten Freiheitsrechten** (Rz. [50]–[54]). Betroffen sind namentlich die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 Abs. 2 BV). Ob in solchen Fällen die Vereinigungsfreiheit ganz in der Wirtschaftsfreiheit aufgeht, ist von Lehre und Rechtsprechung über die Jahre uneinheitlich beantwortet worden. Die Frage kann hier offen bleiben, weil ein Eingriff jedenfalls dem *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* (Art. 94 BV) genügen muss. Wie bei allen Freiheitsrechten gilt zudem, dass der Eingriff nur zulässig ist, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht, der Eingriff im öffentlichen Interesse ist, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht und den Kerngehalt der betroffenen Freiheitsrechte respektiert (Art. 36 BV).
- [7] 4. Bislang besteht im GwG lediglich eine sektorielle **gesetzliche Grundlage** für eine SRO-Anschlusspflicht (Art. 14 Abs. 3 GwG, Anwälte und Notare). Sollen alle Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG einer Anschlusspflicht unterstellt werden, so ist eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen (Rz. [56]–[62]). Eine gesetzliche Regelung könnte neben der allgemeinen Anschlusspflicht die bisherigen Bewilligungsvoraussetzungen für DUFIs über die angemessene Organisation und über die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung als Mindeststandard für einen SRO-Anschluss statuieren. Gleichzeitig wäre zu präzisieren, dass die SRO weitere Anschlussvoraussetzungen aufstellen können. Die sachliche Begründetheit solcher Zusatzvoraussetzungen wird über den Weg der Reglements genehmigung durch die FINMA gewährleistet (Rz. [124]). Eine entsprechende gesetzliche Regelung könnte wie folgt aussehen:

Art. 14 E-GwG

<sup>1</sup> Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 müssen sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen.

<sup>2</sup> Ein Finanzintermediär kann sich einer Selbstregulierungsorganisation nur anschliessen, wenn er:

a. [Handelsregistereintrag: entfällt];

b. durch seine internen Vorschriften und seine Betriebsorganisation die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz sicherstellt; und

c. selbst sowie die mit seiner Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz bieten.

<sup>3</sup> Die Selbstregulierungsorganisationen können in ihren Reglementen weitere Anschlussvoraussetzungen vorsehen.

- [8] 5. Das **grundsatzkonforme öffentliche Interesse** (Art. 36 Abs. 2, Art. 94 BV), das mit einem SRO-Anschlusszwang verfolgt wird, besteht in der umfassenden, effizienten und transparenten Bekämpfung der Geldwäscherei (Rz. [64]–[67]). Die umfassende Bekämpfung der Geldwäscherei durch Überwachung *aller* risikogeneigten Tätigkeiten liegt in der gesamthaften Zielsetzung des GwG, das seinerseits fraglos dem Erfordernis des öffentlichen Interesses genügt. Mit der Einschaltung von Selbstregulierungsorganisationen wird sodann eine effiziente Aufgabenerfüllung erreicht: Die mit einer Zwangsmitgliedschaft verbundene Entlastung des Staates ist insbesondere bei Berufs- und Gewerbeverbänden als öffentliches Interesse anerkannt; die effiziente (wirtschaftliche) Erfüllung staatlicher Aufgaben ist als Grundsatz in der Verfassung verankert (Art. 43a Abs. 5 BV). Weiter dient die SRO-Anschlusspflicht dem Polizeigüterschutz, indem sie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr stärkt. Die klare Trennung zwischen einer prudentiellen Aufsicht (FINMA) und einer GwG-Aufsicht (SRO) schafft Transparenz und liegt daher im öffentlichen Interesse. Schliesslich richtet sich die SRO-Anschlusspflicht an alle bisherigen und zukünftigen Finanzdienstleister im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG. Sie schützt nicht eine bestehende Berufsgruppe vor neuer Konkurrenz. Sie ist deshalb als grundsatzkonform (Art. 94 BV, Wirtschaftsfreiheit) zu qualifizieren.
- [9] 6. Ein SRO-Anschlusszwang genügt dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** (Art. 36 Abs. 3 BV), sofern grundsatzkonforme Anschlussmöglichkeiten (Art. 94 BV) gewährleistet sind (Rz. [68]–[77]). Bei der Verhältnismässigkeit ist zwischen den Teilgehalten der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit zu unterscheiden. Was den Teilgehalt der *Eignung* angeht, so hat sich im Zusammenhang mit dem Anschlusszwang für Anwälte und Notare gezeigt, dass mit der Selbstregulierungspflicht die Zielsetzung des GwG erreicht werden kann, weshalb die Eignung der Massnahme gegeben ist. Sodann kann auch die *Erforderlichkeit* der Anschlussverpflichtung bejaht werden, weil die bisherige

Wahlfreiheit namentlich im Hinblick auf die Transparenz und Effizienz Defizite aufweist, die eine SRO-Anschlusspflicht vermeidet. Schliesslich ist die Anschlusspflicht auch *zumutbar*, sofern die SRO in ihren Anschlussvoraussetzungen nicht weit über dasjenige hinausgehen, was zur Einhaltung der GwG-Vorschriften und zur Zielsetzung des GwG notwendig ist. Wäre dies der Fall, läge eine Unzumutbarkeit in der konkreten Rechtsanwendung der ansonsten verhältnismässigen Gesetzesregelung vor. Die Verhältnismässigkeit der Anschlusspflicht steht folglich unter dem Vorbehalt, dass die FINMA eine grundsatzkonforme Anschlussmöglichkeit (Art. 94 BV) gewährleistet. Insbesondere dürfen die SRO die neuen Anschlusspflichten nicht dazu nutzen, den Marktzugang neuer Finanzintermediäre durch ungerechtfertigt hohe Anschlusschürden künstlich zu erschweren. Die FINMA verfügt bereits heute über das Instrumentarium, um auch insoweit ihrer Aufsichtspflicht nachzukommen.

- [10] 8. Die Kerngehalte der betroffenen Grundrechte sind durch einen SRO-Anschluss respektiert (Art. 36 BV) (Rz.[78]).
- [11] 7. In **praktischer Hinsicht** kann man ohne Weiteres die Prognose stellen, dass für anschlusswillige Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG und insbesondere für die aktuellen DUFIs ein funktionierender SRO-Markt besteht (Rz. [82]–[87]). Auf der tatsächlichen Ebene ist also die grundsatzkonforme Anschlussmöglichkeit bereits heute gewährleistet.
- [12] 8. Auch in **rechtlicher Hinsicht** ist die grundsatzkonforme, mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbare Anschlussmöglichkeit gewährleistet. Dabei ist zu bedenken, dass (1) die SRO der Grundrechtsbindung unterliegen (Art. 35 Abs. 2 BV), dass (2) die FINMA über das notwendige Instrumentarium verfügt, um diese Grundrechtsbindung durchzusetzen, und dass (3) einem Finanzintermediär, dem aus sachfremden Gründen oder ohne jede Begründung der Anschluss verweigert wird, ein individuelles Rechtsschutzinstrumentarium zur Verfügung steht.
- [13] 9. Die SRO erfüllen im Bereich des GwG aufsichtsrechtliche Aufgaben. Sie unterliegen deshalb der Grundrechtsbindung der Verfassung (Art. 35 Abs. 2 BV). Das Bundesgericht hat die **Grundrechtsbindung der GwG-SRO** ausdrücklich bejaht (Fall ARIF, Rz. [91]–[102]). Nach dieser Rechtsprechung umfasst die Grundrechtsbindung jedenfalls das Willkürverbot (Art. 8 BV), das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 9 BV) und das Gebot der Einräumung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Der Entscheid des Bundesgerichts betraf konkret den Ausschluss von Mitgliedern ohne Angabe von Gründen. Die Grundrechtsbindung von SRO gilt indessen bei allen Handlungen im Zusammenhang mit der staatlichen Aufgabenerfüllung und mithin auch für die Regelung und Praxis der Aufnahme von neuen Mitgliedern. Das gilt umso mehr im Falle des



Wegfalls der Direktaufsicht durch die FINMA: Mit dem Wechsel von einer alternativen zu einer exklusiven "Gate-Keeper-Funktion" ändern sich Umfang und Qualität der staatlichen Aufgabendelegation im GwG-Bereich. Die nach Art. 35 Abs. 2 BV vorgesehene umfassende Grundrechtsbindung der SRO wird dadurch noch wichtiger. Konkret ergeben sich daraus folgende Konsequenzen (Rz. [103]–[114]):

1. Reglementarische Zulassungsschranken, die über die Anforderungen des GwG hinausgehen, müssen sachlich begründet sein. Dem Grundsatz nach sind branchenspezifische, regionale, organisations- und qualifikationsbezogene Zulassungsschranken sachlich begründet.
2. Zulassungsentscheide, die anschlusswillige Finanzintermediäre trotz gleicher Voraussetzungen unterschiedlich behandeln, sind nicht zulässig.
3. Ebenso unzulässig sind Ablehnungsentscheide, die sich auf keinerlei sachliche Gründe stützen.
4. Eine Statutenregelung, die eine Anschlussverweigerung ohne Angabe von Gründen vorsieht, ist unzulässig.
5. Unzulässig ist unabhängig von den Statuten auch eine im Einzelfall getroffene Aufnahmeverweigerung, die keine Begründung enthält.
6. Schliesslich ist auch eine Anschlussverweigerung *mit* Begründung unzulässig, wenn die Ablehnung dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) zuwiderläuft, etwa weil sie der Abwehr neuer Konkurrenten dient.

[14] 10. Die FINMA ist berechtigt verpflichtet, für die **Durchsetzung des grundrechtskonformen Rahmens** zu sorgen (Rz. [100], [123]–[127]). Die FINMA genehmigt im Rahmen ihrer Aufsicht über die SRO deren Reglemente (Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG). Gemäss Art. 25 GwG enthalten die Reglemente unter anderem Bestimmungen über die Aufnahme und den Ausschluss von Mitgliedern. Die FINMA hat insofern eine direkte Steuerungsmöglichkeit, um die grundrechtskonforme Ausgestaltung der Aufnahmevoraussetzungen sicherzustellen. Sie ist zu dieser Steuerung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet: Das GwG weist im Parabanbereich den SRO eine zentrale Kontrollfunktion zu und unterstellt sie der Aufsicht durch die FINMA. In diesem System ist die FINMA für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, die mit einer Delegation von Aufsichtsaufgaben an Private verbunden ist, verantwortlich. Weiter hat die FINMA dafür zu sorgen, dass die SRO ihre Reglemente durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 lit. d GwG). Das beinhaltet die Kontrolle darüber, dass die SRO ihre grundrechtskonform auszugestaltenden Aufnahmeverfahren effektiv einhalten. Der Blick auf die bisherigen SRO-Regelungen lässt erkennen, dass die FINMA sich bislang bei ihrem Kontrollauftrag eine gewisse Zurückhaltung auferlegt hat. Diese Zurückhaltung muss spätestens mit dem Wegfall der Direktaufsicht aufgegeben werden.

[15] 11. Wird einem anschlusswilligen Finanzintermediär die Aufnahme in eine SRO verweigert, so verfügt er über einen **individuellen Rechtsschutz** (Rz. [128]–[142]). In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein abgewiesener Finanzintermediär von der FINMA die Überprüfung der Anschlussverweigerung verlangen. Er hat in diesem Verfahren Parteistellung. Gemäss Art. 31 FINMAG ist die FINMA verpflichtet, bei Gesetzesverletzungen oder sonstigen Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu sorgen. Der abgewiesene Finanzintermediär kann demnach – sofern die Sache im Übrigen entscheidungsreif ist – von der FINMA verlangen, dass sie für den rechtskonformen Anschluss sorgt (Art. 31 FINMAG).

## II. Ausgangslage

### 1. Überprüfung des DUFI-Regimes im Rahmen des FIDLEG

[16] Gemäss GwG müssen sich die Finanzintermediäre des Parabankbereichs (Art. 2 Abs. 3 GwG) entweder einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen oder bei der FINMA eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einholen. Aktuell verfügen 335 Finanzintermediäre über eine solche Bewilligung der FINMA.<sup>1</sup> 166 dieser direkt unterstellten Finanzintermediäre (DUFI) sind Vermögensverwalter.<sup>2</sup> Sie treten in der Öffentlichkeit häufig unter dem Titel der "unabhängigen" oder "externen" Vermögensverwalter auf. Die restlichen 169 Finanzintermediäre decken einen weiten Bereich von Geschäftstätigkeiten ab (u.a. fiduziarische Dienstleistungen, Devisenhandel, Handelsfinanzierung, Immobiliengeschäft, Edelmetalgeschäft).

[17] Im Rahmen des FIDLEG sollen die Vermögensverwalter des Parabankbereichs einer umfassenderen Aufsicht unterstellt werden, als dies bisher der Fall war.<sup>3</sup> Die Anhebung des Aufsichtsstandards über die Vermögensverwalter hat zur Folge, dass man das bis anhin geltende Kontrollregime des Geldwäschereigesetzes (GwG) überprüfen muss. Das gilt insbesondere für die heute praktizierte direkte GwG-Aufsicht durch die FINMA: Diese würde sich fortan nur noch auf eine geringe Zahl von Finanzintermediären erstrecken, deren Gewerbe ein vergleichsweise geringes finanzmarktrechtliches Risiko aufweist. Dabei sind mit einer Direktaufsicht durch die FINMA tendenziell zusätzliche Risiken verbunden, weil das Gütesiegel einer FINMA-Bewilligung beim Publikum die fal-

---

<sup>1</sup> Derzeitiger Stand: 335 bewilligte Finanzintermediäre, siehe <[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>, Bewilligungsträger → Geldwäscherei, Finanzintermediäre (DUFI), zuletzt besucht am 17.10.2013.

<sup>2</sup> Siehe unten Rz. [22].

<sup>3</sup> Siehe dazu *EFD*, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG). Stossrichtungen möglicher Regulierung, 18. Februar 2013, S. 6 f.

sche Erwartung weckt, diese Finanzintermediäre seien einer umfassenden behördlichen Aufsicht unterstellt und böten deshalb besonders Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung.<sup>4</sup>

[18] Ein gänzlicher GwG-Kontrollverzicht fällt allerdings auch bei der verbleibenden Gruppe von DUFIs ausser Betracht. Das GwG bezweckt die umfassende Prävention von Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierung. Die Schweiz ist in diesem Bereich zudem an internationale Abkommen gebunden und hat internationale Standards zu beachten. Ein vollständiger Kontrollverzicht würde mithin dem GwG zuwiderlaufen und würde auf internationaler Ebene die "non-compliance" der Schweiz bedeuten.

## **2. Lösungsvorschlag: SRO-Modell mit Anschlusspflicht**

[19] Angesichts des Befunds, dass einer Weiterführung der FINMA-Direktaufsicht im GwG-Bereich gewichtige Bedenken entgegenstehen, schlägt der Hearingbericht zum FIDLEG vor, für diejenigen DUFIs, die nicht als Vermögensverwalter tätig sind und daher auch künftig ausschliesslich unter GwG-Aspekten kontrolliert werden sollen, ein alternatives Kontrollregime aufzustellen. Vorgeschlagen wird insbesondere die Anschlusspflicht der Nichtvermögensverwaltungs-DUFIs an bestehende oder neu zu gründende Selbstregulierungsorganisationen.<sup>5</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass die bisherige Wahlmöglichkeit zwischen einem SRO-Anschluss und einer direkten FINMA-Unterstellung (SRO-Wahlmodell) durch ein ausschliessliches Selbstregulierungsmodell mit entsprechender Anschlusspflicht (SRO-Exklusivmodell) abgelöst wird.

[20] Vor diesem Hintergrund ist abzuklären, unter welchen Voraussetzungen ein GwG-Kontrollregime, das für nicht in der Vermögensverwaltung tätige Finanzintermediäre des Parabankenbereichs eine SRO-Anschlusspflicht vorsieht, rechtlich zulässig ist.

## **3. Rechtstatsächliches zu den DUFIs**

### **a) Allgemeine Zahlen**

[21] Gemäss der von der FINMA publizierte Liste verfügen aktuell 335 Finanzintermediäre über den DUFI-Status.<sup>6</sup> 265 sind als Kapitalgesellschaften, 6 als Personengesellschaften, 56 als Einzelunternehmen, 2 als Stiftungen, 3 als öffentlich-

---

<sup>4</sup> Siehe dazu bereits *EFD*, Finanzdienstleistungsgesetz (Fn. 3), S. 9.

<sup>5</sup> Siehe *EFD*, Finanzdienstleistungsgesetz (Fn. 3), S. 10.

<sup>6</sup> Siehe oben Fn. 1.

rechtliche Anstalten<sup>7</sup> und 5 als Zweigniederlassungen im Handelsregister eingetragen.

[22] Nach Angaben der FINMA sind von den insgesamt 335 DUFIs deren 166 in der Vermögensverwaltung tätig.<sup>8</sup> Die übrigen 169 DUFIs üben ein breites Spektrum von Tätigkeiten aus. Wichtige Bereiche sind etwa die Folgenden: Fiduziarische Dienstleistungen, namentlich auch das Trustwesen, Dienstleistungen im Zusammenhang mit Finanzierungsgeschäften, im Bereich des Devisenhandels und des Geldwechsels, in der Anlageberatung, im Edelmetallsektor und im Versicherungsbereich.<sup>9</sup> Teilweise handelt es sich bei der Finanzintermediation um ein sehr nachrangiges Geschäft, etwa bei den Betreibern von Kioskgeschäften oder Tankstellen im Grenzgebiet der Schweiz, die auch das Geldwechselgeschäft anbieten.

#### **b) Von einem Anschlusszwang betroffene DUFIs**

[23] Ausgehend von den oben genannten Zahlen kann man festhalten, dass 169 DUFIs vom Wegfall einer FINMA-Direktaufsicht und dem damit verbundenen SRO-Anschlusszwang betroffen wären.

[24] Vergleicht man dies mit der Gesamtzahl der Finanzintermediäre des Parabankenbereichs, die einer GwG-Kontrolle unterliegen, so zeigt sich, dass das Modell der Direktaufsicht keine hohe Anziehungskraft ausübt. Aktuell sind 6'456 einer SRO angeschlossen.<sup>10</sup> Unter Abzug der 946 Mitglieder der SRO des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notariatsverbandes,<sup>11</sup> deren Mitglieder bereits heute einem SRO-Anschlusszwang unterliegen (Rz. [28]), haben sich also 5'510 Finanzintermediäre freiwillig für ein SRO-Regime entschieden.

#### **4. Rechtstatsächliches zu den SRO**

[25] Aktuell bestehen zwölf von der FINMA anerkannte SRO. Sie können unterteilt werden in Branchen-SRO und offene SRO.

---

<sup>7</sup> Caisse publique de prêts sur gages, Sparkasse Bundespersonal, SUVA.

<sup>8</sup> Stellt man allein auf die Angaben im Handelsregister ab, so führen lediglich 128 die Vermögensverwaltung ausdrücklich als Zweckbestimmung auf. Die Angaben der FINMA sind präziser, weil sie auf die tatsächliche Geschäftstätigkeit abstellen.

<sup>9</sup> Siehe dazu auch die Angaben im FINMA-Jahresbericht 2009, S. 79, abrufbar unter <www.finma.ch>, Publikationen → Jahresberichte. Abstellend auf die Handelsregistereinträge, die allerdings keine genauen Schlüsse auf die "Nicht-Vermögensverwaltungsdufis" zulassen kann man für das Jahr 2013 folgende Zahlen nennen: Trustwesen (54, weitaus grösste Gruppe), Finanzierungsgeschäfte (33), Devisenhandel und Geldwechsel (28), Anlageberatung (25), Edelmetallsektor (17), Versicherungsbereich (10).

<sup>10</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013).

<sup>11</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013).

## a) Branchen-SRO

### aa) Klassische Branchen-SRO

[26] Branchen-SRO knüpfen die Mitgliedschaft an ein spezifisches Mitgliederprofil. Von den zwölf anerkannten SRO sind deren sieben als Branchen-SRO organisiert:

[27] **(1)** Die SRO des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SRO-SSV)<sup>12</sup> steht einzig in der Schweiz konzessionierten Versicherungsgesellschaften offen.<sup>13</sup> Sie ist als Verein organisiert und zählt aktuell 28 Mitglieder, vornehmlich SVV-Mitgliedgesellschaften.<sup>14</sup>

[28] **(2)** Die SRO des Schweizerischen Anwalts- und Notariatsverbandes (SRO SAV-SNV)<sup>15</sup> ist auf Anwälte und Notare ausgerichtet, die auch im Bereich der Finanzintermediation im Sinne des GwG tätig sind. Für sie gilt bereits heute ein SRO-Anschlusszwang (Art. 14 Abs. 3 GwG). Die SRO SAV-SNV ist als Verein organisiert.<sup>16</sup> Die Mitgliederzahl beträgt aktuell 946.<sup>17</sup> Aktivmitglieder sind die Berufsorganisationen, also namentlich der Schweizerische Anwaltsverband und der Schweizerische Notariatsverband. Passivmitglieder sind Anwälte und Notare mit entsprechender Zulassung bzw. die entsprechenden Partnerschaften.<sup>18</sup>

[29] **(3)** Die SRO des Schweizerischen Leasingverbandes (SRO-SLV)<sup>19</sup> verlangt eine Tätigkeit im Leasinggeschäft oder in der Konsum-, Absatz- und Handelsfinanzierung (ohne Bankenstatus).<sup>20</sup> Der SLV ist als Verein organisiert,<sup>21</sup> die SRO selbst wird vom Verein geführt und hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie zählt aktuell 52 Mitglieder.<sup>22</sup>

[30] **(4)** Die SRO des Schweizerischen Verbands der Investmentgesellschaften (SRO-SVIG)<sup>23</sup> beschränkt die Mitgliedschaft auf ihre (im Investmentge-

---

<sup>12</sup> Verein "Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Versicherungsverbandes", <[www.sro-svv.ch](http://www.sro-svv.ch)>.

<sup>13</sup> Art. 3 Abs. 1 SRO SVV-Statuten.

<sup>14</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch Webseite SRO-SSV (Fn. 12), Mitglieder. Die Mitglieder sind auf der Webseite namentlich aufgelistet.

<sup>15</sup> Verein "Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes", <[www.sro-sav-snv.ch](http://www.sro-sav-snv.ch)>.

<sup>16</sup> Art. 1 Statuten SRO-SAV-SNV (Fn. 15), Regelwerke.

<sup>17</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013).

<sup>18</sup> Art. 3 und 4 Statuten SRO-SAV-SNV (Fn. 15), Regelwerke.

<sup>19</sup> <[www.leasingverband.ch](http://www.leasingverband.ch)>, SRO/SLV.

<sup>20</sup> Art. 1 lit. a Reglement für Anschluss, Austritt und Ausschluss von Finanzintermediären (Fn. 19), SRO/SLV, Reglemente und Weisungen.

<sup>21</sup> Art. 1 Statuten SLV (Fn. 19), SLV → Statuten

<sup>22</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013).

<sup>23</sup> <[www.svig.org](http://www.svig.org)>, SRO.

schäft tätigen) Vereinsmitglieder.<sup>24</sup> Die SRO-SVIG ist der SVIG angegliedert und besitzt dementsprechend keine eigene Rechtspersönlichkeit. Der SRO-Ausschuss wird vom Vorstand der SVIG gewählt und zählt aktuell 24 Mitglieder.<sup>25</sup>

[31] **(5)** Die SRO des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter (SRO-VSV)<sup>26</sup> beschränkt die Mitgliedschaft auf ihre (als Haupterwerbstätigkeit in der unabhängigen Vermögensverwaltung tätigen) Mitglieder.<sup>27</sup> Sie besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit, da sie dem VSV angegliedert ist und dessen Vorstand die Geschäftsleitung wählt<sup>28</sup>. Aktuell zählt sie 872 Mitglieder.<sup>29</sup>

[32] **(6)** Die SRO der Treuhand Suisse<sup>30</sup> steht den als Finanzintermediären tätigen Firmenmitgliedern der Treuhand Suisse sowie der Treuhand-Kammer (Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten) offen.<sup>31</sup> Die SRO Treuhand Suisse zählt momentan 559 Mitglieder.<sup>32</sup> Sie ist der Treuhand Suisse angegliedert. Die Wahl des Ausschusses erfolgt durch den Geschäftsausschuss der Treuhand Suisse.<sup>33</sup>

#### **bb) Spezialgesetzliche SRO (SBB)**

[33] Eine Branchen-SRO, die gleichzeitig spezialgesetzlich begründet ist (vgl. Art. 24 Abs. 2 GwG), ist die SRO der Schweizerischen Bundesbahnen (SRO-SBB). Sie zählt aktuell 7 Mitglieder.<sup>34</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 2.1. SVIG-Statuten (Fn. 23), SVIG → Statuten (Mitgliedschaft für Beteiligungs-, Investment- und Holdinggesellschaften und Asset Managern von solchen Gesellschaften), Ziff. 2.1.1 SRO-Reglement (Fn. 23), Dokumentation → Reglemente SRO SVIG (Mitgliedschaft als Voraussetzung für den Anschluss an die SRO).

<sup>25</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch die Website SRO SVIG (Fn. 23).

<sup>26</sup> <[www.vsv-asg.ch](http://www.vsv-asg.ch)>, Selbstregulierung.

<sup>27</sup> Art. 4 lit. a VSV-Statuten (Fn. 26), Selbstregulierung → SRO Dokumente.

<sup>28</sup> Art. 26 VSV-Statuten (Fn. 26), Selbstregulierung → SRO Dokumente.

<sup>29</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch die Website SRO-VSV (Fn. 26), Mitgliedschaft → Mitgliedersuche.

<sup>30</sup> Selbstregulierungsorganisation Schweizerischer Treuhändlerverband, <[www.sro-treuhandswisse.ch](http://www.sro-treuhandswisse.ch)>.

<sup>31</sup> Art. 17 Selbstregulierungsordnung SRO-Treuhand Suisse (Fn. 30), Reglemente und Formulare für Mitglieder.

<sup>32</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch Website (Fn. 30), Mitgliederliste.

<sup>33</sup> Art. 10 Selbstregulierungsordnung SRO-Treuhand Suisse (Fn. 30), Reglemente und Formulare für Mitglieder.

<sup>34</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013).

### c) Offene SRO

[34] Offene SRO knüpfen die Mitgliedschaft einzig an eine Tätigkeit als Finanzintermediär im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG.

#### aa) Gesamtschweizerische SRO

[35] Vier SRO stehen allen Finanzintermediären im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG offen. Es handelt sich um folgende:

[36] **(1)** Die Polyreg<sup>35</sup> ist als Verein konstituiert.<sup>36</sup> Finanzintermediäre, Vermögensverwalter sowie Mitglieder des Vorstands und der Geschäftsführung können Mitglieder des Polyreg werden.<sup>37</sup> Polyreg zählt aktuell 1'057 Mitglieder.<sup>38</sup>

[37] **(2)** Die Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF)<sup>39</sup> zählt 404 Mitglieder,<sup>40</sup> bestehend aus juristischen und natürlichen Personen, welche eine Tätigkeit als Finanzintermediär ausüben.<sup>41</sup> Mitglieder des Vorstands der ARIF werden von Rechtswegen Vereinsmitglieder, unabhängig davon ob sie eine Tätigkeit als Finanzintermediär ausüben.<sup>42</sup> ARIF ist als Verein konstituiert.<sup>43</sup>

[38] **(3)** Der Organisme d'Autorégulation des Gérants de Patrimoine (OAR-G)<sup>44</sup> ist als Verein organisiert.<sup>45</sup> Es sind alle in Handelsregister eingetragenen Finanzintermediäre zur Mitgliedschaft berechtigt, soweit sie über einen guten Ruf verfügen.<sup>46</sup> Die OAR-G zählt 475 Mitglieder.<sup>47</sup>

[39] **(4)** Die SRO des Vereins zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF)<sup>48</sup> steht berufsmässigen und nicht berufsmässigen Finanzintermediären gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG offen.<sup>49</sup> Der VQF kennt zwei Mitgliedschaftskategorien: Die Mitgliedschaft als SRO-Mitglied VQF und die

---

<sup>35</sup> Polyreg Allg. Selbstregulierungs-Verein, <www.polyreg.ch>.

<sup>36</sup> § 1 Polyreg Statuten (Fn. 35), Basisdokumente der SRO Polyreg.

<sup>37</sup> § 3 Polyreg Statuten (Fn. 35), Basisdokumente der SRO Polyreg.

<sup>38</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013).

<sup>39</sup> <www.arif.ch>.

<sup>40</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch Website ARIF (Fn. 39), Mitglieder → Mitgliederliste.

<sup>41</sup> Art. 9 ARIF Statuten (Fn. 39), Informationen → Dokumente.

<sup>42</sup> Art. 10 ARIF Statuten (Fn. 39), Informationen → Dokumente.

<sup>43</sup> Art. 1 ARIF Statuten (Fn. 39), Informationen → Dokumente.

<sup>44</sup> <www.oarg.ch>.

<sup>45</sup> Art. 1 OAR-G-Statuten (Fn. 44), Cadre légal → Status/Réglements.

<sup>46</sup> Art. 7 OAR-G-Statuten (Fn. 44), Cadre légal → Status/Réglements sowie Art. 2 Abs. 2 Mitgliederreglement OAR-G (Fn. 44), Cadre légal → Status/Réglements.

<sup>47</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Website OAR-G (Fn. 44), Présentation → Membres.

<sup>48</sup> <www.vqf.ch>.

<sup>49</sup> Art. 3 VQF-Statuten (Fn. 48).

Mitgliedschaft als BOVV-Mitglied VQF (Vermögensverwalter).<sup>50</sup> Eine kombinierte Mitgliedschaft ist möglich. Aktuell zählt der VQF 1'515 Mitglieder.<sup>51</sup>

#### **bb) Regionale SRO (Tessin)**

[40] Regionalspezifisch organisiert ist der Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino (OAD FCT)<sup>52</sup>. Er verlangt als Mitgliedschaftsvoraussetzung den Eintrag in das Handelsregister oder ins Register der Treuhänder des Kantons Tessin.<sup>53</sup> Der OAD FCT ist als Verein organisiert.<sup>54</sup> Er zählt 517 Mitglieder.<sup>55</sup>

### **III. SRO-Anschlusspflichten im Schweizerischen Finanzmarktrecht**

[41] Der schweizerische Gesetzgeber hat bei der Finanzmarktaufsicht bereits mehrfach auf das Modell der Selbstregulierung mit Anschlusspflicht zurückgegriffen: Sowohl das Bankengesetz als auch das Geldwäschereigesetz enthalten entsprechende Regelungen. Für die anderen Rechtsgebiete ist beispielhaft auf das System der beruflichen Vorsorge hinzuweisen, das Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber verpflichtet, sich einer staatlich beaufsichtigten, häufig in Privatform organisierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen.<sup>56</sup>

#### **1. Kontext: Gesteuerte Selbstregulierung**

[42] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Delegation der GwG-Kontrolle an Selbstregulierungsorganisationen um eine "gelenkte"<sup>57</sup> bzw. "gesteuerte Selbstregulierung"<sup>58</sup> handelt.<sup>59</sup> Darunter werden vielfältigste Formen

---

<sup>50</sup> Art. 3 VQF-Statuten (Fn. 48).

<sup>51</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch Geschäftsbericht VQF 2012, S. 7 (Fn. 48) Publikationen → Geschäftsberichte.

<sup>52</sup> <[www.oadfct.ch](http://www.oadfct.ch)>.

<sup>53</sup> Art. 4 OAD-FCT Statuten (Fn. 52), Regolamenti.

<sup>54</sup> Art. 1 OAD-FCT Statuten (Fn. 52), Regolamenti.

<sup>55</sup> Angaben der FINMA (Stand: 1. Quartal 2013). Siehe auch Assemblea 2013 su esercizio 2012 (Fn. 52), Documenti.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 1 BVG (Anschlusspflicht), Art. 48 Abs. 2 BVG (zulässige Organisationsformen: Stiftung, Genossenschaft, Einrichtung des öffentlichen Rechts).

<sup>57</sup> So etwa *Peter Nobel/Heinz Zimmermann*, Regulierung – Überregulierung – Selbstregulierung aus juristischer und ökonomischer Sicht, in: *Peter Nobel* (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Heft 12, Bern 2005, S. 53–94 (77); *Arnold Marti*, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung, ZBl 101/2000, S. 561 ff., S. 562.

<sup>58</sup> So etwa *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente der Rechtssetzungslehre, 3. Auflage, Zürich e.a. 2013, Rn. 485 ff.; *Albrecht Langhart*, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Zürich 1993, S. 107, 111; *Marti*, Selbstregulierung (Fn. 57), S. 562.



der Selbstregulierung verstanden, denen gemeinsam ist, dass eine Indienstnahme von Privaten für öffentliche Aufgaben erfolgt und dass staatliche Akteure bei der Ausgestaltung der Selbstregulierungswerke (in unterschiedlichem Masse) mitwirken.<sup>60</sup> Diese Form der Regulierung ist im Finanzmarktrecht im Grundsatz ausdrücklich vorgesehen (Art. 7 Abs. 3 und 4 FINMAG). Sie verlangt vor allem einen "transparenten Regulierungsprozess" (Art. 7 Abs. 4 FINMAG).

## 2. Anschlusszwang im Bankengesetz

[43] Einen SRO-Anschlusszwang kennt das Bankengesetz im Zusammenhang mit der Einlagensicherung. Gemäss Art. 37h Abs. 1 BankG<sup>61</sup> müssen sich Banken, die privilegierte Einlagen (Art. 37a Abs. 1 BankG) besitzen, zwecks Sicherung dieser Einlagen der Selbstregulierung der Banken anschliessen. Die "Vereinbarung der Schweizerischen Banken und Effektenhändler über die Einlagensicherung" trat nach Genehmigung der FINMA (Art. 37h Abs. 2 BankG) am 6. Dezember 2011 in Kraft.<sup>62</sup> Umgesetzt wurde die Vereinbarung durch den Verein esisuisse<sup>63</sup>, dem alle Banken und Effektenhändler mit Geschäftsstellen in der Schweiz angehören.

[44] Dem gesetzlichen Auftrag zur Selbstregulierung ging die von der Schweizerischen Bankiervereinigung im Jahr 1980 lancierte und 1984<sup>64</sup> sowie 1993 revidierte Einlegerschutzvereinbarung<sup>65</sup> voraus, die zunächst rein privatrechtlicher Natur war und später durch die damalige EBK zum Mindeststandard für alle

---

<sup>59</sup> So ausdrücklich *Marti*, Selbstregulierung (Fn. 57), S. 575. Die Terminologie ist vielfältig, vgl. EBK-Bericht „Selbstregulierung“ vom Juli 2007, S. 10 f. (Delegation der GwG-Kontrolle als "obligatorische Selbstregulierung"), *Thomas Spahni*, Dirigierte Selbstregulierung im Spannungsfeld der Interessen, in: Jusletter vom 7. Juni 2005 (dirigierte Selbstregulierung)

<sup>60</sup> Siehe dazu insb. *Marti*, Selbstregulierung (Fn. 57), S. 570 ff. Vgl. auch *Müller/Uhlmann*, Rechtssetzungslehre, (Fn. 58), Rn. 487, wonach für die gesteuerte Selbstregulierung typisch sei, dass "staatliche Akteure die Regelung durch Private – Wirtschaftsverbände, Fachvereinigungen und ähnliche Organisationen – veranlassen, fördern oder mit ihnen aushandeln." Allerdings beschränken die Autoren den Begriff der gesteuerten Selbstregulierung auf Vorgänge, die Regeln öffentlich-rechtlicher Natur hervorbringen.

<sup>61</sup> Eingefügt mit Revision des Bankeninsolvenzrechts per 1. Juli 2004, vgl. Botschaft Rev. BankG, BBl 2002 8060, 8066 ff., 8073 und 8100 f.

<sup>62</sup> Siehe Art. 11 der Vereinbarung, abrufbar unter <[www.einlagensicherung.ch](http://www.einlagensicherung.ch)>, Dokumente, Selbstregulierung.

<sup>63</sup> Verein „Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effektenhändler“, der seit 2012 unter der Marke esisuisse auftritt ([www.einlagensicherung.ch](http://www.einlagensicherung.ch)).

<sup>64</sup> Konvention XVIII betreffend die Auszahlung von Spareinlagen und Gehaltskontoguthaben bei Zwangsliquidation einer Bank vom 1. Mai 1984.

<sup>65</sup> Vereinbarung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank vom 1. Juli 1993.

Banken erhoben wurde.<sup>66</sup> Eine Befolgungspflicht bestand also schon seit Längerem, aber noch kein formaler Anschlusszwang.<sup>67</sup>

#### 4. Anschlusszwang im Geldwäschereigesetz

[45] Einen SRO-Anschlusszwang kennt das Geldwäschereigesetz für Anwältinnen und Anwälte sowie Notarinnen und Notare, die als Finanzintermediäre tätig sind. Sie müssen sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen (Art. 14 Abs. 3 GwG). Für die übrigen Finanzintermediäre gelten je nach Tätigkeitsbereich unterschiedliche Kontrollmodelle: Für die prudenziell überwachten Bewilligungsträger (z.B. Banken, Effekthändler, Fondsleitungen) ist auch im GwG-Bereich die FINMA zuständig, für die Spielbanken ist es die eidgenössische Spielbankenkommission (Art 12 *lit a., b* GwG). Die nicht prudenziell überwachten Finanzintermediäre können sich einer von der FINMA anerkannten SRO anschliessen, oder sie können sich direkt der FINMA unterstellen und von dieser eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einholen (Art. 12 *lit. c*, Art. 14 Abs. 1 GwG).

[46] Der Grund für das Sonderregime für Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare liegt in der teilweisen Anwendbarkeit des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) und den schwierigen Abgrenzungsfragen, die sich daraus ergeben können. Im Einzelnen: Anwaltlich und notariell tätige Personen können in zweierlei Hinsicht über einen geldwäschereiverdächtigen Sachverhalt Kenntnis erlangen: Einmal im Rahmen ihrer angestammten Berufstätigkeit, dann aber auch im Rahmen ihrer akzessorischen Tätigkeit als Finanzintermediärin oder Finanzintermediär. Fällt der Sachverhalt in die erste Kategorie, so greift das strafrechtlich sanktionierte Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB). Dieses verbietet Anwältinnen und Anwälte sowie Notarinnen und Notaren die Offenbarung von Geheimnissen, die ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden sind oder von denen sie bei dessen Ausübung Kenntnis erlangt haben. Konsequenterweise entfällt in diesem Fall auch die Meldepflicht an die Meldestelle für Geldwäscherei (Art. 9 Abs. 2 GwG). Fällt der Sachverhalt hingegen in die zweite Kategorie, so ist er vom Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 321 StGB nicht gedeckt. Entsprechend muss er gemeldet werden.

[47] Die Abgrenzung der beiden Kategorien kann in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen. Bei einer Direktunterstellung hätte die FINMA diese Frage zu entscheiden, was eine entsprechende Akteneinsicht und Sachverhaltskenntnis voraussetzen würde. Die FINMA ist aber ihrerseits zur Amtshilfe

---

<sup>66</sup> EBK-Rundschreiben 04/2 vom 21. April 2004 mit Anhang.

<sup>67</sup> DIETER ZOBL/THOMAS S. MÜLLER, in: Dieter Zobl u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2013, N. 1 zu Art. 37h; DIETER ZOBL, Bankengesetzliche Einlagensicherung - Anwendungsfall der staatlichen und der Selbstregulierung, in: Robert Waldburger e.a. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 787 f.

an die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet (Art. 38 Abs. 1 FINMAG). Zwar kann sie diese verweigern, wenn dadurch die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigt wird oder sie mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht nicht vereinbar ist (Art. 40 lit. b und c FINMAG). Beide Verweigerungsgründe kämen im Fall eines vom anwaltlichen/notariellen Berufsgeheimnis erfassten Sachverhalts zum Tragen.<sup>68</sup> Trotzdem bleibt Art. 40 FINMAG eine "Kann-Bestimmung". Mit Blick auf die zentrale Funktion, die namentlich dem anwaltlichen Berufsgeheimnis im Hinblick auf das Grundrecht eines aktuell oder potentiell Angeeschuldigten auf eine angemessene Verteidigung zukommt, bleibt daher eine Direktunterstellung unter die FINMA problematisch.<sup>69</sup>

[48] Dieselbe Problematik bestand im Ergebnis bereits bei Erlass des GwG und der damaligen Direktaufsicht durch die Kontrollstelle für Geldwäscherei, weshalb der Gesetzgeber sich gegen die Möglichkeit einer Direktunterstellung entschied und stattdessen das Modell des SRO-Anschlusszwangs wählte.<sup>70</sup> Denn damit wird die Frage, ob ein geldwäschereiverdächtiger Sachverhalt unter das Berufsgeheimnis fällt, von Personen getroffen, die ihrerseits dem Berufsgeheimnis unterstehen. Der Umfang der strafrechtlichen Geheimnispflicht ist in diesem Fall deckungsgleich.

## 5. Fazit: Bestehende GwG-Regelung als Modell

[49] Für eine künftige SRO-Anschlusspflicht derjenigen Finanzintermediäre, die heute dem SRO-Wahlmodell unterstehen, kann man sich ohne Weiteres an der Regelung orientieren, die für Anwältinnen und Anwälte sowie die Notarinnen und Notare gilt (Art. 14 Abs. 3 GwG).<sup>71</sup> Diese Regel wäre im Falle eines Wechsels zu einem ausschliesslichen SRO-Kontrollmodell zu verallgemeinern, womit auch die Sonderregelung in Art. 14 Abs. 3 GwG entfallen würde. Weitere Überlegungen und ein Vorschlag für eine Neufassung von Art. 14 GwG finden sich im Rahmen der Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage für einen SRO-Anschlusszwang (Rz. [56]–[62]).

---

<sup>68</sup> Können die Geheimnisträger nicht auf einen vollumfänglichen Geheimnisschutz vertrauen, so führt dies zu Misstrauen und Unsicherheiten, welche die Aufsichtstätigkeit der FINMA in diesem Bereich beeinträchtigen. Zudem besteht das Risiko, dass die Geheimnisträger es vermeiden, der FINMA die Frage zu unterbreiten, mit der Folge, dass das finanzmarktrechtliche Ziel einer effektiven Bekämpfung der Geldwäscherei verfehlt wird.

<sup>69</sup> Botschaft GwG, BBl 1996 III 1001, S. 1137 f.

<sup>70</sup> Botschaft GwG, BBl 1996 III 1001, S. 1137 f.

<sup>71</sup> Art. 14 Abs. 3 GwG lautet in seiner aktuellen Fassung wie folgt: "Als Finanzintermediäre tätige Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare müssen sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen."

## IV. Verfassungsmässige Anforderungen an eine SRO-Anschlusspflicht

### 1. Betroffene grundrechtliche Schutzbereiche

[50] Eine SRO-Anschlusspflicht für Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG FINMA berührt diese in ihren verfassungsmässig geschützten Freiheitsrechten. Wie bei jeder Regulierung wird mit der Anschlusspflicht die spontane Ausübung der Wirtschaftsfreiheit vermindert (Art. 27 Abs. 1 BV). Weil die SRO-Anschlusspflicht strukturell eine Zwangsmitgliedschaft mit Wahlmöglichkeit darstellt, ist jedenfalls thematisch auch die negative Vereinigungsfreiheit berührt (Art. 23 Abs. 3 BV). Gleich wie bei Zwangsmitgliedschaften, die ebenfalls eine Voraussetzung für die Berufsausübung oder die Führung eines Gewerbes bilden, ist durch die SRO-Anschlusspflicht zudem der konkrete Teilgehalt der Berufszugangsfreiheit betroffen (Art. 27 Abs. 2 BV).

[51] Umstritten ist die Abgrenzung der grundrechtlichen Schutzbereiche zueinander. Nach überwiegender Auffassung in der neueren Literatur geht die Vereinigungsfreiheit in der Wirtschaftsfreiheit auf.<sup>72</sup> Damit wird eine Schutzbereichsabgrenzung fortgesetzt, die auch schon für die alte Bundesverfassung galt.<sup>73</sup> In der Wirtschaftsfreiheit konzentrieren sich nach dieser Abgrenzung alle sonstigen Freiheitsausübungen, die zu gewerblichen Zwecken erfolgen, während für die speziellen Einzelgrundrechte regelmässig nur noch die Verfolgung ideeller Ziele im sachlichen Schutzbereich verbleibt.

[52] Demgegenüber wird von Teilen der Literatur vertreten, die Vereinigungsfreiheit könne selbstständig neben der Wirtschaftsfreiheit bestehen.<sup>74</sup> Auch in der älteren Rechtsprechung finden sich Entscheide, in denen die Grundrechte nebeneinander geprüft werden.<sup>75</sup> Die Beschränkung auf ein Grundrecht als massgeblicher Prüfungsmaßstab erfolgt dann nur noch, wenn dieses im konkreten Anwendungsfall eindeutig das sachbezüglichste oder sachnächste Grundrecht ist.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Grundlegend *Yvo Hangartner*, Grundrechtliche Fragen der Zwangsmitgliedschaft, in: Walter J. Habscheid et. al. (Hrsg.), *Freiheit und Zwang*, Festschrift für Hans Giger, Bern 1989, S. 231 ff. (241 f.). Noch weitergehend: *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 597 (Vereinsfreiheit auf Zusammenschlüsse mit ideellen Zwecken beschränkt).

<sup>73</sup> Siehe *Giorgio Malinverni*, in: Jean-François Aubert (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Loseblatt (Stand: 1990), N. 8 und 29 zu Art. 56 aBV (Stand: April 1986).

<sup>74</sup> *Giovanni Biaggini*, Die Vereinigungsfreiheit – Streiflichter auf ein Bundes-Grundrecht der ersten Stunde, in: Roger Zäch et. al. (Hrsg.), *Individuum und Verband*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 415 ff. (423); *ders.*, *BV-Kommentar*, Zürich 2007, N. 9 zu Art. 23.

<sup>75</sup> BGE 73 I 47 E. 7 S. 60 – Familienausgleichskasse Neuenburg (Art. 56 aBV neben Art. 31 aBV).

<sup>76</sup> So bei *Jürg Kugler*, *Zwangskörperschaften*, Diss. iur. Zürich 1984, S. 163 ff. m.w.N.

[53] Für die resultierende Intensität des Grundrechtsschutzes ist die Abgrenzungsfrage nur insoweit wichtig, als bei Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) zusätzlich als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist. Der Grundsatz schützt den freien Wettbewerb und verpflichtet die staatlichen Behörden zur Wettbewerbsneutralität. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dürfen darum – abgesehen von engen Ausnahmen (Art. 94 Abs. 4 BV) – nur *grundsatzkonform* erfolgen, das heisst: ohne die Marktmechanismen zu beeinträchtigen.<sup>77</sup> Die grundsatz- bzw. systemkonforme Ausrichtung ist vor allem für die gewerbepolizeilichen oder sozialpolitischen Massnahmen anerkannt.<sup>78</sup> Verboten sind hingegen "wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen [...], welche den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen."<sup>79</sup>

[54] Für die SRO-Anschlusspflicht ist charakteristisch, dass sie zwar technisch-funktional die negative Vereinigungsfreiheit vermindert, dabei aber inhaltlich vor allem wirtschaftliche Nachteile auslöst. Sie bildet ein Berufszugangshindernis, wenn einem Finanzdienstleister der Anschluss an eine SRO nicht gelingt. Im Vordergrund steht darum die *Wirtschaftsfreiheit* als das sachnähere Grundrecht (Art. 27 BV). Damit ist auch das zusätzliche Erfordernis der *Grundsatzkonformität* der Massnahme anwendbar (Art. 94 BV). Zusätzlich gilt wie bei allen Freiheitsrechten, dass ein Eingriff nur zulässig ist, wenn eine *gesetzliche Grundlage* besteht, der Eingriff im *öffentlichen Interesse* liegt, dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* entspricht und den *Kerngehalt* der betroffenen Freiheitsrechte respektiert (Art. 36 BV).

## 2. Anschlusspflicht als Eingriff

[55] Die SRO-Anschlusspflicht ist eine dem Staat als Eingriff zurechenbare Massnahme, weil sie rechtsförmig, unmittelbar und zielgerichtet ist und zwingend die Wirtschaftsfreiheit vermindert.

## 3. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

[56] Für eine SRO-Anschlusspflicht der Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG besteht bislang nur eine gesetzliche Grundlage im Hinblick auf Anwältinnen und Anwälte, Notarinnen und Notare (Art. 14 Abs. 3 GwG). Sie müsste im Fall einer allgemeinen Anschlusspflicht auf alle in Art. 2 Abs. 3 GwG genannten Finanzintermediäre ausgedehnt werden. Rechtssetzungstechnisch

---

<sup>77</sup> Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, Bern 2013, S. 373.

<sup>78</sup> BGE 125 I 417 E. 4a S. 422 – Werbebeschränkung für Rechtsanwälte; 131 I 223 E. 4.2 S. 231 – Prozessfinanzierung; 137 I 167 E. 3.6 S. 175 f. – Dame X.

<sup>79</sup> BGE 131 I 223 E. 4.2 S. 231 – Prozessfinanzierung m.w.N.

bietet es sich an, eine entsprechende Regelung in Art. 14 Abs. 1 GwG zu verankern und dafür die Sonderregelung in Art. 14 Abs. 3 GwG aufzuheben.

[57] Art. 2 Abs. 3 GwG wäre insoweit anzupassen, als die Vermögensverwalter (heute Art. 2 Abs. 3 lit. *e* GwG) nicht mehr unter diesen Absatz fallen. Deren Kontrollregime wäre unter Art. 2 Abs. 2 GwG zu präzisieren, wo auch die anderen prudentiell beaufsichtigen Finanzintermediäre aufgeführt sind.

[58] Art. 14 Abs. 2 GwG, der die Bewilligungsvoraussetzungen für DUFIs enthält, würde in seiner heutigen Form entfallen (siehe aber Rz. [60]).

[59] Unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips ist sodann zu empfehlen, dass die zentralen Mitgliedschaftsvoraussetzungen für einen Anschluss an die SRO im Gesetz geregelt sind.<sup>80</sup> Bei der gesetzlichen Verankerung der zentralen Eckpunkte für die Mitgliedschaft geht es primär darum, den Ermessensspielraum der Zwangskörperschaft einzuschränken und ihn einer staatlichen Kontrolle zu unterwerfen.<sup>81</sup> Dies wird im GwG mittelbar über das Reglementsverfahren sichergestellt: Die SRO müssen über ein Reglement verfügen (Art. 24 Abs. 1 lit. *a* GwG), dessen Mindestinhalt gesetzlich festgelegt ist (Art. 25 Abs. 2 GwG) und das – einschliesslich seiner Änderungen – von der FINMA genehmigt werden muss (Art. 18 Abs. 1 lit. *c* GwG). Dennoch ist eine ausdrückliche Regelung im Gesetz vorzuziehen, weil damit eine für alle Beteiligten transparente Referenzordnung geschaffen wird. An ihr kann man anschliessend die SRO-Reglemente messen.

[60] Die Funktion der zentralen Mitgliedschaftsvoraussetzungen könnten die heutigen, für einen Direktanschluss unter die FINMA geltenden Voraussetzungen (Art. 14 Abs. 2 lit. *b* und *c* GwG) übernehmen. Sie betreffen die angemessene Organisation und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung. Die bestehenden SRO haben diese beiden Voraussetzungen praktisch durchweg in ihre eigenen Reglemente übernommen (Rz. [117]). Die Beibehaltung der Voraussetzung in Art. 14 Abs. 2 lit. *a* GwG (Eintrag im Handelsregister oder behördliche Bewilligung) empfiehlt sich demgegenüber nicht ohne Weiteres: Die Mitgliedschaftsstrukturen der SRO, namentlich der Branchen-SRO, sind teilweise differenziert ausgestaltet, um der jeweiligen Branche Rechnung zu tragen.<sup>82</sup>

[61] Schliesslich wäre zu präzisieren, dass die SRO weitere Anschlussvoraussetzungen aufstellen können. Das ist insbesondere für die Branchen-SRO von zentraler Bedeutung, weil sie die Mitgliedschaft (zulässigerweise, siehe Rz. [117]–[119]) auf bestimmte Tätigkeitsgebiete beschränken. Dass die SRO dabei keine sachfremden Kriterien aufstellen und keine willkürlichen Aufnahmever-

---

<sup>80</sup> Zu dieser Voraussetzung siehe *Hangartner*, Zwangsmitgliedschaft (Fn. 72), S. 245 f.

<sup>81</sup> *Hangartner*, Zwangsmitgliedschaft (Fn. 72), S. 245 f.

<sup>82</sup> Beispiel: Die SRO des Anwalts- und Notariatsverbandes trägt unter anderem den Kanzleistrukturen Rechnung.

fahren vorsehen, wird über den Weg der Reglements genehmigung durch die FINMA gewährleistet. Sie wird im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit sicherstellen, dass die SRO in ihrer Funktion als private Verwaltungsträger die in Art. 35 Abs. 2 BV statuierte Grundrechtsbindung beachten.

[62] Eine entsprechende Neuregelung könnte wie folgt lauten:

Art. 14 E-GwG

<sup>1</sup> Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 müssen sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen.

<sup>2</sup> Ein Finanzintermediär kann sich einer Selbstregulierungsorganisation nur anschliessen, wenn er:

a. [entfällt];

b. durch seine internen Vorschriften und seine Betriebsorganisation die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz sicherstellt; und

c. selbst sowie die mit seiner Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz bieten.

<sup>3</sup> Die Selbstregulierungsorganisationen können in ihren Reglementen weitere Anschlussvoraussetzungen vorsehen.

#### **4. Grundsatzkonformes öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2, 94 BV)**

[63] Bei den rechtlich anerkannten Interessen, denen die Regulierung dient, ist zwischen der gesamthaften GwG-Zielsetzung (a) und den spezifischen Zwecken zu unterscheiden, die durch die Einschaltung von SRO im Allgemeinen (b) und durch die neue SRO-Anschlusspflicht im Besonderen (c) verfolgt werden.

##### **a) Allgemeine Zielsetzung des GwG**

[64] Die GwG-Regulierung der Finanzintermediäre im Parabankebereich dient der *umfassenden Bekämpfung* der Geldwäscherei durch Überwachung aller risikogeneigten Tätigkeiten. Würde man die Regulierung auf die spezialgesetzlich überwachten Finanzintermediäre beschränken, entstünden empfindliche Überwachungslücken.<sup>83</sup> Dass die Bekämpfung der Geldwäscherei in der Rechtsordnung anerkannt ist und dadurch dem Erfordernis eines öffentlichen Interesses genügt, hat das Bundesgericht im Entscheid ARIF betont.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Botschaft GwG, BBl 1996 III 1101, S. 1117 f.

<sup>84</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1: "En adoptant ce train de mesures contre la criminalité organisée, la Confédération exerce assurément une tâche d'intérêt public [...]."

## b) Spezifische Zwecke der gesteuerten Selbstregulierung

[65] Die Einschaltung von Selbstregulierungsorganisationen dient dazu, die Staatsaufsicht über eine Berufsgruppe effizient zu gestalten, indem der Sachverstand der betroffenen Gruppe aktiviert wird und der Umfang der unmittelbaren Staatsverwaltung möglichst klein bleibt. Dieser Entlastungszweck ist als öffentliches Interesse insbesondere bei Zwangsmitgliedschaften in Berufs- und Gewerbeverbänden anerkannt.<sup>85</sup> Auch für Zwangsmitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Körperschaften gilt, dass sie der effizienten Aufgabenerfüllung dienen.<sup>86</sup> Die effiziente (wirtschaftliche) Erfüllung staatlicher Aufgaben ist seit 2008 als Verfassungsgrundsatz anerkannt (Art. 43a Abs. 5 BV). Lehre und Rechtsprechung sind schon länger davon ausgegangen, dass Zwangsmitgliedschaften in Berufsorganisationen im öffentlichen Interesse liegen können.<sup>87</sup> Für die SRO-Anschlusspflicht, die strukturell eine Zwangsmitgliedschaft mit Wahlmöglichkeit darstellt, gilt ebenso, dass die mit ihrer Einrichtung verfolgte *effiziente Aufgabenerfüllung* im öffentlichen Interesse liegt.

## c) Spezifische Zwecke der neuen SRO-Anschlusspflicht

[66] Schliesslich dient die SRO-Anschlusspflicht dem Polizeigüterschutz, indem sie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr stärkt. Die klare Trennung zwischen einer prudentiellen Aufsicht (FINMA) und einer GwG-Aufsicht (SRO) schafft *Transparenz*. Zukünftig gibt es keine direkt unterstellten Finanzintermediäre mehr, die mit dem Gütesiegel der FINMA-Aufsicht werben können, obwohl sie gar nicht einer umfassenden Aufsicht unterstehen. Nach der bisherigen Rechtslage ohne SRO-Anschluss bestand die Gefahr, dass Anlegerinnen und Anleger falsche Erwartungen an die Art der FINMA-Kontrolle über DUFIs entwickelten.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Zu diesen *Hangartner*, Zwangsmitgliedschaft (Fn. 72), S. 242 f.

<sup>86</sup> *Kugler*, Zwangskörperschaften (Fn. 76), S. 206 ff.

<sup>87</sup> BGE 124 I 107 E. 4b S. 115 (Zwang zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages, *obiter dictum*), unter Hinweis auf BGE 78 I 409 (Ärzttekammer) und BGE 110 Ia 36 E. 3a S. 38 (Studentenvereinigung). Zu den Ärztekammern siehe allerdings die Präzisierung in BGer, Urteil vom 4. Juli 1990, in: RDAT 1991 II S. 58 ff (im Gegensatz zum ersten Entscheid kommt der (gleichen Tessiner) Ärztekammer nicht mehr dieselbe Funktion zu; sie dient praktisch nur noch der Organisation des Pickettdienstes, weshalb sich die Zwangsmitgliedschaft unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht mehr rechtfertigt. Für die Doktrin siehe *Andreas Auer/Giorgio Malinvernini/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013, Rn. 747 f.; *Hangartner*, Zwangsmitgliedschaft (Fn. 72), S. 242 f.; *Kugler*, Zwangskörperschaften (Fn. 76), S. 207.

<sup>88</sup> Siehe dazu bereits *EFD*, Finanzdienstleistungsgesetz (Fn. 3), S. 9.



#### **d) Grundsatzkonformität der Zielsetzung (Art. 94 BV)**

[67] Das öffentliche Interesse, das mit der SRO-Anschlusspflicht verfolgt wird, besteht folglich insgesamt in der umfassenden (a), effizienten (b) und transparenten (c) Bekämpfung der Geldwäscherei. In dieser Gesamtheit müsste es sich um ein grundsatzkonformes öffentliches Interesse handeln (Art. 94 BV; vgl. oben bei Rz. [53]–[54]). Dazu zählen insbesondere die gewerbepolizeilichen Auflagen. Ein systemwidriger Eingriff läge hingegen vor, wenn die Massnahme darauf gerichtet wäre, eine bestehende Berufsgruppe vor neuer Konkurrenz zu schützen.<sup>89</sup> Die SRO-Anschlusspflicht ist als allgemeine Massnahme des Aufsichtsrechts ohne besondere Benachteiligung oder Bevorzugung an alle bisherigen und zukünftigen Finanzdienstleister gleichermassen gerichtet. Sie ist darum wie eine gewerbepolizeiliche Massnahme als grundsatzkonform zu qualifizieren.

#### **5. Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)**

[68] Der SRO-Anschlusszwang muss mit Blick auf den verfolgten Zweck der umfassenden, effizienten und transparenten Bekämpfung der Geldwäscherei und mit Blick auf die – insbesondere für DUFIs – neu entstehenden Beeinträchtigungen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen (Art. 36 Abs. 3 BV).

##### **a) Eignung**

[69] Das eingesetzte Mittel ist geeignet, wenn es zur Verwirklichung des Zweckes beiträgt. Es ist hingegen ungeeignet, wenn es mit Blick auf das Ziel keine Wirkungen entfaltet oder die Zielerreichung sogar erschwert oder verunmöglicht.<sup>90</sup> Die SRO-Anschlusspflicht hat schon bisher für Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare gegolten. Die Erwartung, dass damit die Zielsetzung des GwG erreicht werden kann, hat sich bestätigt. Insoweit beurteilt sich die Frage für übrige Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG nicht anders: Die Selbstregulierungspflicht trägt zur Effektivität und Effizienz der Aufsicht bei, so dass die Eignung gegeben ist.

##### **b) Erforderlichkeit**

[70] Das eingesetzte Mittel ist erforderlich, wenn es für die Förderung des Zweckes notwendig ist. An der Erforderlichkeit fehlt es hingegen, wenn es ein für den Grundrechtsträger in sachlicher, räumlicher, zeitlicher oder personeller Hinsicht milderer Mittel gibt, das den Zweck gleich wirksam zu fördern ver-

---

<sup>89</sup> Kiener/Kälin, Grundrechte (Fn. 77), S. 347, 379 ff.

<sup>90</sup> Kiener/Kälin, Grundrechte (Fn. 77), S. 120.

mag.<sup>91</sup> Ein sachlich milderes Mittel wäre aus Sicht der bisher direkt der FINMA Unterstellten, der Verzicht auf die umfassende SRO-Anschlusspflicht. Für sie würde sich dann nichts ändern. Sie könnten weiterhin frei wählen, ob sie sich einer SRO anschliessen wollen oder nicht.

[71] Die Wahlfreiheit fördert aber den Zweck der effizienten und transparenten Bekämpfung der Geldwäscherei nicht gleich wirksam wie die SRO-Anschlusspflicht. Weniger effizient ist die Wahlfreiheit, weil die FINMA dann für eine vergleichsweise kleine Gruppe weiterhin das Sonderregime der direkten Unterstellung anbieten müsste. Weniger transparent ist die Wahlfreiheit, weil die direkt der FINMA unterstellten Finanzdienstleister sich dann weiterhin mit einem anderen Aufsichtshintergrund dem Publikum präsentieren als diejenigen mit SRO-Anschluss. Ein Verzicht auf die SRO-Anschlusspflicht ist also zwar als milderes Mittel, aber nicht als gleich wirksam mit Blick auf den gesetzlichen Zweck anzusehen. Folglich ist auch die Erforderlichkeit zu bejahen.

### **c) Zumutbarkeit der gesetzlichen Neuregelung (Normsetzungsebene)**

[72] Die SRO-Anschlusspflicht ist den betroffenen Finanzintermediären zuzumuten, wenn zwischen der für sie entstehenden Eingriffswirkung und dem Gewicht des konkret verfolgten öffentlichen Interesses ein vernünftiges Verhältnis besteht.<sup>92</sup> Die Neuregelung bedeutet für die Mehrheit der Finanzintermediäre gar keine neue Beeinträchtigung, weil sie schon unter dem alten Regime einer SRO angeschlossen waren. Für die bisherigen DUFIs hingegen würde die SRO-Anschlusspflicht die direkte Unterstellung unter die FINMA zukünftig verunmöglichen. Sie müssten zwar nicht in Form einer echten Zwangsmitgliedschaft einer bestimmten SRO beitreten, doch es wäre für sie eine neue Obliegenheit, sich einer der zwölf bestehenden SRO anzuschliessen oder, mit erheblichem Mehraufwand, eine neue Selbstregulierungsorganisation zu gründen. Andernfalls dürften sie die regulierungspflichtige Tätigkeit als Finanzintermediärin oder -mediär nicht länger ausüben. Die regulierungspflichtige Tätigkeit würde sich dann im Extremfall als Berufszugangshindernis erweisen (Art. 27 Abs. 2 BV).

[73] Bei den Berufszugangshindernissen sind zwei Ebenen nach ihrem Beeinträchtigungsgewicht zu unterscheiden. Erstens könnte das Hindernis dadurch entstehen, dass ein bisher direkt unterstellter Finanzdienstleister bereits die unmittelbar im GwG aufgestellten Vorschriften nicht erfüllt, also sozusagen den Mindeststandard der Regulierung. Das wäre schon nach dem bisherigen Recht ein Berufszugangshindernis und lässt sich wegen des Interesses an einer umfassenden und effektiven Geldwäschereibekämpfung als zumutbare Beeinträchtigung würdigen. Davon zu unterscheiden sind mögliche weitergehende

---

<sup>91</sup> Vgl. *Kiener/Kälin*, Grundrechte (Fn. 77), S. 121.

<sup>92</sup> Vgl. *Kiener/Kälin*, Grundrechte (Fn. 77), S. 123.

Hindernisse des Berufszugangs, die nicht durch das Gesetz selbst, sondern durch die Praxis der Selbstregulierungsorganisationen entstehen, also erst im Bereich der Normanwendung.

**d) Zumutbarkeit nur bei grundsatzkonformer Anschlusspraxis (Normanwendungsebene)**

[74] Ein neuartiges Berufszugangshindernis könnte durch die SRO-Anschlusspflicht mittelbar dadurch entstehen, dass die SRO in ihren Anschlussvoraussetzungen oder in ihrer Aufnahmepraxis weit über das hinausgehen, was zur Einhaltung der GwG-Vorschriften notwendig ist. Dann könnte ein bisheriger DUFi an der Berufsausübung gehindert sein, obwohl er die GwG-Vorschriften eingehalten hat. Ein solches Marktversagen ist zwar bei praxisnaher Prognose kaum zu erwarten, weil die Selbstregulierungsorganisationen ein Eigeninteresse an einer möglichst mitgliederfreundlichen Ausrichtung haben (dazu sogleich Rz. [82] ff.). Sollte im SRO-Angebot aber für einzelne der bisherigen DUFis kein Platz sein, obwohl sie ansonsten die Gewähr bieten, GwG-konform zu arbeiten, könnte man ihnen den Zeit- und Organisationsaufwand für die Neugründung einer weiteren SRO jedenfalls nicht *ad hoc* zumuten. Das Berufszugangshindernis wäre dann nicht durch das öffentliche Interesse an der umfassenden, effizienten und transparenten Geldwäschereibekämpfung gerechtfertigt. Es läge eine Unzumutbarkeit in der konkreten Rechtsanwendung der ansonsten verhältnismässigen Gesetzesregelung vor.

[75] Die SRO sind im Bereich staatlicher Aufgabenerfüllung grundrechtsgebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Das hat das Bundesgericht jüngst speziell für die ARIF bestätigt.<sup>93</sup> Die Aufnahmepraxis gehört ebenso wie die Kontrolle und nötigenfalls der Ausschluss von Mitgliedern funktional zur Aufsicht und damit in den Bereich staatlicher Aufgabenerfüllung. Nicht nur die SRO-Anschlusspflicht als Gesetzesregelung, sondern auch die Praxis ihrer Umsetzung muss den Rahmen der Grundsatzkonformität wahren (Art. 94 BV). Insbesondere darf die Praxis nicht dazu führen, dass die Marktmechanismen unterlaufen werden, indem zusätzliche Hürden für neue Konkurrenten errichtet werden (siehe oben Rz. [67]). Im Ergebnis sind folglich grundsatzkonforme Anschlussmöglichkeiten zu garantieren. Die staatlichen Behörden, zuständigkeitshalber in erster Linie die FINMA, tragen hierfür die Gewährleistungsverantwortung.

[76] Die Verhältnismässigkeit der SRO-Anschlusspflicht steht folglich unter dem Vorbehalt, dass die FINMA *eine grundsatzkonforme Anschlussmöglichkeit* (Art. 94 BV) gewährleistet. Sie muss für alle Finanzintermediäre, die den Rahmen der GwG-Vorschriften einhalten, eine Anschlussmöglichkeit sicherstellen. Die Aufsichtsbehörde muss beispielsweise verhindern, dass die SRO die neue Anschlusspflicht missbrauchen, indem sie den Marktzugang neuer Finanzinterme-

---

<sup>93</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011; siehe dazu unten Rz. [91] ff.

diäre durch ungerechtfertigt hohe Anschlusshürden künstlich erschweren. Die FINMA muss ausserdem sicherstellen, dass der Anschluss von Neumitgliedern in der Praxis rechtsgleich, willkürfrei und unter Gewährleistung des rechtlichen Gehörs erfolgt und ihnen ein genügender Rechtsschutz zur Verfügung steht.

[77] Das geltende Recht stellt der FINMA für die Wahrnehmung dieser Gewährleistungsverantwortung das nötige Instrumentarium zur Verfügung. So sind die SRO-Reglemente und deren Änderungen von der FINMA zu genehmigen (Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG). Angesichts der Grundrechtsbindung der SRO im Bereich der Regulierungsaufgabe (dazu sogleich Rz. [89] ff.) wären Anschlussvoraussetzungen, die ohne sachlichen Grund weit über die GwG-Vorschriften hinausgehen, nicht genehmigungsfähig. Reglemente dürfen nicht vorsehen, dass ein Mitglied ohne Angabe von Gründen ausgeschlossen werden kann. Das Bundesgericht hat im ARIF-Urteil bereits entschieden, dass die FINMA bei der Reglementsgenehmigung auf das Begründungserfordernis bestehen kann und muss (dazu näher Rz. [100]). Das Begründungserfordernis muss wegen der Grundrechtsbindung (Willkürfreiheit, rechtliches Gehör) für ablehnende Aufnahmeentscheidungen (Anschlussverweigerung) ebenso gelten (dazu näher Rz. [103] ff.). Zusätzlich zur Kontrolle der Reglemente nimmt die FINMA ihre Gewährleistungsverantwortung im Rahmen der allgemeinen Aufsicht über die laufende Praxis der SRO wahr. Eine Finanzintermediärin bzw. ein Finanzintermediär hat hinsichtlich des Einschreitens gegen die SRO selbst Parteistellung (dazu näher Rz. [131] ff.), so dass die Aufsichtsmittel für sie/ihn die grundrechtlich gebotene Rechtsschutzmöglichkeit vermitteln.

## **6. Wahrung des Kerngehalts (Art. 36 Abs. 4 BV)**

[78] Die SRO-Anschlusspflicht berührt weder die Vereinigungs- noch die Wirtschaftsfreiheit in ihrem Kern.

## **7. Fazit**

### **a) Verfassungskonformität der SRO-Anschlusspflicht unter dem Vorbehalt der Gewährleistung grundsatzkonformer Anschlussmöglichkeiten**

[79] Es ist verfassungskonform, wenn Finanzintermediäre, die im geltenden Aufsichtsrecht keiner prudentiellen Überwachung unterliegen und die auch nicht als Vermögensverwalter tätig sind, künftig verpflichtet werden, sich einer GwG-Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen. Eine solche Anschlusspflicht verwirklicht das gesetzlich festgelegte Regulierungsziel einer GwG-Kontrolle für alle Finanzintermediäre. Die Pflicht ist ein umfassendes, effizientes und transparentes Mittel der Geldwäschereibekämpfung.

## **b) Notwendige Schaffung einer gesetzlichen Grundlage**

[80] Die SRO-Anschlusspflicht müsste auf alle in Art. 2 Abs. 3 GwG genannten Finanzintermediäre ausgedehnt werden. Rechtsetzungstechnisch bietet es sich an, eine entsprechende Regelung in Art. 14 Abs. 1 GwG zu verankern (siehe oben Rz. [49]).

## **c) Gewährleistung grundsatzkonformer Anschlussmöglichkeiten**

[81] Zwar ist im Rahmen der mitgliederorientierten Selbstregulierung nicht zu erwarten, dass die SRO in ihren Anschlussvoraussetzungen oder in ihrer Aufnahmepraxis weit über das hinausgehen, was zur Einhaltung der GwG-Vorschriften notwendig ist. Auch sind die SRO aufgrund ihrer Grundrechtsbindung bei der Aufnahmeregelung und Aufnahmepraxis dem Willkürverbot, dem Gebot der Rechtsgleichheit und der Gewährung des rechtlichen Gehörs verpflichtet. Würde dennoch eine SRO-Praxis entstehen, die Finanzintermediäre, die an sich Gewähr für eine GwG-konforme Tätigkeit bieten, ausschliesst, so wäre dies nicht mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar. Die FINMA hat im Rahmen ihrer Aufsicht über die SRO dafür zu sorgen, dass eine solche SRO-Praxis unterbleibt und grundsatzkonforme Anschlussmöglichkeiten (Art. 94 BV) bestehen. Sie ist aufgrund ihres Aufsichtsinstrumentariums dazu in der Lage (Rz. [124]–[125]), was auch das Bundesgericht bestätigt hat (Rz. [100]).

## **V. Anschlussmöglichkeiten für DUFIs in der Praxis: Prognose**

[82] Um das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, muss für diejenigen DUFIs, die sich neu einer SRO anschliessen müssen, eine reale Möglichkeit für einen solchen Anschluss bestehen. Hier kann man die Prognose stellen, wonach ein funktionierender SRO-Markt für anschlusswillige DUFIs besteht:

[83] Aktuell bestehen zwölf SRO, die von der FINMA im GwG-Bereich als SRO anerkannt sind und die anschlusswilligen DUFIs eine Anschlussmöglichkeit anbieten.<sup>94</sup> Davon sind sieben als Branchen-SRO organisiert. Sie decken das Gros der kontrollpflichtigen GwG-Aktivitäten ab. Wer als DUFI in einem dieser Gebiete tätig ist, kann sich einer Branchen-SRO anschliessen. Wer trotz Branchenzugehörigkeit keiner Branchen-SRO beitreten will oder wer eine Tätigkeit ausübt, die nicht von einer Branchen-SRO abgedeckt ist, kann sich einer der verbleibenden fünf SRO anschliessen, die allen Finanzintermediären im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG offenstehen. Vier dieser SRO sind gesamtschweizerisch tätig, eine beschränkt die Mitgliedschaft auf Finanzintermediäre aus dem Kanton Tessin (OAD FCT). Von den gesamtschweizerischen SRO hat eine ihren Sitz in der Westschweiz (ARIF) und ist auf französischsprachige Finanzintermediäre

---

<sup>94</sup> Siehe oben Rz. [25] ff.

ausgerichtet. Drei SRO haben ihren Sitz in der Deutschschweiz (Polyreg, VQF, OAR-G). Mithin besteht in allen Regionen der Schweiz mindestens eine SRO, die unabhängig von Branchenzugehörigkeit allen Finanzintermediären im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG offensteht.

[84] Die SRO finanzieren sich im Wesentlichen über Mitgliederbeiträge. Aus ökonomischer Sicht ist für die Verteilung der Organisations- und Kontrollkosten eine möglichst breite Mitgliederbasis von Vorteil. Wenn sich bereits heute zwölf SRO etablieren konnten, so zeigt dies, dass ein funktionierender SRO-Markt existiert. Das Wachstum auf der Nachfrageseite wird diesen Markt nicht einschränken, sondern beleben. Das Risiko, dass Finanzintermediäre, welche die vom GwG vorgeschriebenen Anforderungen erfüllen, sich keiner SRO anschliessen können, ist als gering einzuschätzen.

[85] Diese Prognose findet auch darin ihre Bestätigung, dass die meisten SRO – abgesehen von branchenspezifischen und regionalen Zulassungsbeschränkungen dieselben Mitgliedschaftsvoraussetzungen aufgestellt haben, die auch für die Direktunterstellung unter die FINMA gelten.<sup>95</sup> Mit einem SRO-Anschluss sind also durchweg dieselben Hürden verbunden wie mit einer Direktauf- sicht. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der Wechsel von der Direktauf- sicht zu einer SRO-Aufsicht sowohl für die bisherigen DUFIS als auch für neue Finanzintermediäre ohne Weiteres zu bewältigen ist.

[86] Zu bedenken ist auch, dass das GwG bereits heute eine SRO-Anschlusspflicht für Anwältinnen und Anwälte, Notarinnen und Notare vor- sieht, die auch als Finanzintermediäre tätig sind. Diese Personen konnten der Anschlusspflicht ohne Weiteres nachkommen. Dass die Verbände eine eigene SRO gegründet haben, mag den Anschluss erleichtert haben. Die Mitglieder der genannten Personengruppe mussten aber die Mitgliedschaft dennoch beantra- gen und nachweisen, dass sie den reglementarischen Anforderungen genügen. Nichts anderes gilt für die bisherigen DUFIs und die künftigen Finanzinterme- diäre: Die Alternative einer Direktauf- sicht besteht nicht bedingungslos. Jeder anschlusswillige Finanzintermediär muss die Bewilligungsvoraussetzungen des GwG und der einschlägigen Verordnung erfüllen.

[87] Dass aktuell rund 340 Finanzintermediäre dennoch das System der Direkt- unterstellung wählen, hat vielfältige Gründe. Einer der Hauptgründe liegt da- rin, dass mit der Direktunterstellung das Gütesiegel einer behördlichen Auf- sicht verbunden ist. Dieser Grund vermag allerdings die Beibehaltung der Di- rektunterstellung nicht zu rechtfertigen. Im Gegenteil: Wie bereits ausgeführt wurde, führt dies zu einer falschen Erwartung seitens der Kundinnen und Kunden, wonach die "bewilligten" Finanzintermediäre einer umfassenden FINMA-Aufsicht unterstehen und daher besonders viel Fachwissen und Si- cherheit gewährleisten (siehe oben Rz. [17] und [66]).

---

<sup>95</sup> Siehe dazu unten Rz. [117] ff.

## VI. Einzelfragen der SRO-Anschlusspflicht

[88] Selbst wenn heute ein funktionierender SRO-Markt besteht und deshalb davon auszugehen ist, dass DUFIs das System der Direktunterstellung aus anderen Gründen als der fehlenden Anschlussmöglichkeit wählen, bleibt dennoch zu klären, inwieweit der Rechtsrahmen den DUFIs einen SRO-Anschluss gewährleisten würde, falls sich der Gesetzgeber zu einem Wechsel vom Wahlsystem zwischen SRO-Anschluss und Direktaufsicht zum ausschliesslichen SRO-System mit Anschlusspflicht entscheidet.

### 1. Grundrechtsbindung privater Verwaltungsträger: Insbesondere Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot

[89] Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden.<sup>96</sup> Die Grundrechtsbindung von privaten Verwaltungsträgern äussert sich insbesondere darin, dass sie dem Gebot der Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot unterliegen.<sup>97</sup> In der Wirtschaftsregulierung sind private Verwaltungsträger auch hinsichtlich aller anderen Grundrechte, die dadurch berührt werden, wie eine Behörde zur Grundrechtswahrung verpflichtet. Sie müssen also rechtliches Gehör gewähren und dürfen Freiheitsbeeinträchtigungen, insbesondere solche der Vereinigungs- und Wirtschaftsfreiheit, nur unter den engen Voraussetzungen der Verfassung zulassen (Art. 36 BV). Vor allem müssen sie sich – wie jede staatliche Behörde – bei Beeinträchtigungen der Wirtschaftsfreiheit auf grundsatzkonforme Mittel beschränken (Art. 94 BV).

[90] Für den vertraglichen Rechtsverkehr folgt daraus, dass die ungerechtfertigte Verweigerung eines Vertrages oder die ungerechtfertigte Schlechterstellung einzelner Vertragspartner verfassungsrechtlich unzulässig ist.<sup>98</sup> Die Anforderungen an die sachliche Begründetheit von potentiell diskriminierenden Zulassungsschranken sind dabei umso höher, je weniger Alternativen einem interessierten Vertragspartner zur Verfügung stehen.<sup>99</sup> Zu gewichten sind auch die konkret betroffenen Rechtsgüter: Einschränkungen beim Zugang zu Werbeflächen an städtischen Bussen<sup>100</sup> können nicht mit Berufszulassungsschranken gleichgesetzt werden, die für den Betroffenen existentielle Folgen haben können.

---

<sup>96</sup> BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 56; 129 III 35 E. 5.2 S. 40; 127 I 84 E. 4c S. 90.

<sup>97</sup> BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 56; 127 I 84 E. 4c S. 90.

<sup>98</sup> Siehe *Pierre Tschannen/ Ulrich Zimmerli/ Markus Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 10 N. 24. Vgl. auch *Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich u.a. 2010, Rz. 1530 f. Weiterführend: *Markus Schefer*, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1131 ff.

<sup>99</sup> BGE 127 I 84 E. 4c S. 90 f.

<sup>100</sup> BGE 127 I 84 E. 4c S. 90 f.

## **2. Grundrechtsbindung der SRO: Der Entscheid ARIF**

[91] Das Bundesgericht hat im Entscheid ARIF die Grundrechtsbindung von SRO im Geltungsbereich des GwG klar bejaht und deren Tragweite speziell für die Vereinigungsfreiheit präzisiert.

### **a) Sachverhalt: Ausschluss ohne Angabe von Gründen**

[92] Beim Entscheid in Sachen ARIF hatte die FINMA dieser SRO die Genehmigung einer Statutenänderung verweigert. Die vorgeschlagenen Statuten sahen unter anderem vor, dass die ARIF ein Mitglied ohne Angabe von Gründen ausschliessen könne und dass dieser Entscheid endgültig sei (Art. 23 und 47 der vorgesehenen Statuten). Die FINMA hielt fest, dass die ARIF in der Öffentlichkeit und gegenüber ihren Mitgliedern eine (markt-)dominante Stellung einnehme, weshalb die in Art. 72 Abs. 1 ZGB vorgesehene Möglichkeit eines Vereinsausschlusses ohne Angabe von Gründen für sie nicht in vollem Umfang gelte. Im Hinblick auf das Recht eines jeden Mitglieds auf die Entfaltung seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit könne ein Ausschluss nur aus wichtigen Gründen erfolgen. Die FINMA hielt weiter fest, dass ein Ausschluss einem Berufsverbot gleichkomme, da es einem ausgeschlossenen Finanzintermediär praktisch unmöglich sei, sich kurzfristig einer anderen SRO anzuschliessen oder nachzuweisen, dass er die Bewilligungsvoraussetzungen für eine Direktunterstellung im Sinne von Art. 14 GwG erfülle. Der Entscheid der FINMA wurde sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch vom Bundesgericht bestätigt.

### **b) Erwägungen des Bundesgerichts**

#### **aa) Grundrechtsbindung der SRO**

[93] Nach Auffassung des Bundesgerichts erfüllen die SRO im Bereich der Geldwäschereibekämpfung eine staatliche Aufgabe, weshalb sie gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden sind.<sup>101</sup> Das vorinstanzlich entscheidende Bundesverwaltungsgericht hat die am häufigsten betroffenen Grundrechte, die im Rahmen der umfassenden Grundrechtsbindung beachtet werden müssen, wie folgt skizziert:

"[L]es OAR doivent, dans le cadre de leur activité de contrôle sur leurs affiliés, respecter notamment les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire même que veiller aux garanties de procédure tels que le droit d'être entendu et l'accès au juge."<sup>102</sup>

<sup>101</sup> BGer 2C\_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1.

<sup>102</sup> BVGer, B-3883\_2009 vom 7. Oktober 2010 E. 3.3.



[94] Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil auf die entscheidrelevante Frage des rechtlichen Gehörs beschränkt,<sup>103</sup> womit allerdings kein Ausschluss anderer Grundrechte verbunden ist. Die Grundrechtsbindung gilt nach Art. 35 Abs. 2 BV umfassend für alle Grundrechte. Unbestrittenermassen sind private Verwaltungsträger stets dem Gleichbehandlungsgebot und dem Willkürverbot verpflichtet, müssen also alle Grundrechtsträger gleich und mit sachlich tragfähigen Gründen behandeln. Je nach inhaltlichem Kontext wirkt die Bindung zudem auf Freiheitsrechte und führt dort zu einer Rechtfertigungspflicht (Art. 36 BV), die über willkürfreie Gleichbehandlung hinausgeht.

[95] Dass ein ausgeschlossener Finanzintermediär die Möglichkeit – genauer: einen beschwerdefähigen Rechtsanspruch – auf eine Bewilligungserteilung durch die FINMA und möglicherweise zusätzliche Möglichkeiten eines alternativen SRO-Anschlusses hat, spielt für das Bundesgericht keine Rolle. Die aus der Grundrechtsbindung resultierende Beschränkung der Vereinsautonomie wird dadurch nicht beeinflusst:

"Dès l'instant où ils assument une tâche de l'Etat, ils [die SRO] sont tenus de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. En conséquence, il n'importe pas que les intermédiaires financiers aient le choix de se soumettre respectivement de s'affilier à la FINMA ou à un organisme d'autorégulation, par ailleurs nombreux sur le marché suisse [...]"<sup>104</sup>

## **bb) Eingeschränkte Vereinsautonomie**

[96] Gemäss Bundesgericht kann sich die ARIF nicht mit Erfolg auf Art. 72 ZGB berufen, wonach es privatrechtlich organisierten Vereinen ausdrücklich gestattet ist, in den Statuten den Ausschluss von Mitgliedern ohne Angabe von Gründen vorzusehen. Zwar sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend (Art. 190 BV). In ständiger Praxis legt aber das Bundesgericht die Gesetze verfassungskonform aus, soweit sich die Verfassungswidrigkeit nicht klar aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt.<sup>105</sup> Zur verfassungskonformen Auslegung gehört auch das Mittel der teleologischen Reduktion, wie es bereits in der früheren Rechtsprechung des Gerichts zur Beschränkung der Ausschlussautonomie auf ideelle Vereinigungen angewendet wurde.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> BGer 2C\_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.2.

<sup>104</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1.

<sup>105</sup> Siehe bereits BGE 34 I 519 E. 2 S. 528. Aus jüngerer Zeit BGE 131 II 710 E. 4.1 S. 716, 130 II 65 E. 4.2 S. 71, 129 II 249 E. 5.4 S. 263, m.w.N.

<sup>106</sup> BGE 123 III 193 E. 2c.cc S. 198 f.; bestätigt als teleologische Reduktion in BGE 131 III 97 E. 3.1 und 3.2 S. 103 f.

[97] Das Bundesgericht hält dazu fest, dass der historische Gesetzgeber bei der Festschreibung der Vereinsfreiheit in Art. 72 ZGB den rein ideellen, also nicht wirtschaftlich orientierten Verein, vor Augen hatte.<sup>107</sup> Es weist darauf hin, dass sich im Zuge der Zeit das Vereinswesen stark von seiner ursprünglichen Bestimmung entfernt hat und die Rechtspraxis auch Vereine mit wirtschaftlicher Zwecksetzung zulässt, obwohl nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (Art. 60 ZGB) die Vereinsform den Vereinigungen mit nichtwirtschaftlichem Zweck vorbehalten ist.<sup>108</sup> Diese Entwicklung war vom historischen Gesetzgeber nicht vorauszusehen. Sie geht einher mit einer entsprechenden Beschränkung der Vereinsautonomie – was das Bundesgericht bereits in früheren Entscheiden im Zusammenhang mit Standesorganisationen und Wirtschaftsverbänden festgehalten und seither bestätigt hat.<sup>109</sup>

[98] Gemäss Bundesgericht verfolgen die SRO des GwG keine klassischen (z.B. politischen, religiösen, wohltätigen oder geselligen)<sup>110</sup> Vereinszwecke, wie sie der Gesetzgeber bei der Festlegung der umfassenden Vereinsautonomie im Blick hatte. Sie erfüllen vielmehr staatliche Aufgaben und sie unterstehen deshalb der Aufsicht durch die FINMA. Der statutarische Zweck der SRO liegt namentlich darin, die Einhaltung der GwG-Verpflichtungen durch ihre Mitglieder sicherzustellen. Sie spielen insofern eine gewichtige Rolle bei der Erhaltung des guten Rufs des Finanzplatzes. Mit dieser Funktion nehmen sie, ähnlich anderen Wirtschaftsvereinen, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder wahr, indem sie für diese die Rahmenbedingungen des rechtmässigen gewerblichen Handelns sicherstellen. Das wirtschaftliche Wohl eines Mitglieds hängt dabei direkt von dessen SRO-Anschluss ab. So hat der Ausschluss aus einer SRO für einen Finanzintermediär gewichtige Konsequenzen, nicht zuletzt deshalb, weil die Voraussetzung für die Tätigkeit als Finanzintermediär daran geknüpft ist, dass dieser über einen guten Ruf verfügt (Art. 14 Abs. 2 lit. c GwG).<sup>111</sup>

[99] Gestützt auf diese Erwägungen hält das Bundesgericht fest, dass die verfassungskonforme Auslegung der in Art. 72 ZGB statuierten Vereinsautonomie es den SRO verbietet, in ihren Statuten einen Vereinsausschluss ohne Angabe von

---

<sup>107</sup> Ausführlich zur Historie von Art. 72 ZGB: BGE 131 III 97 E. 2 S. 98 f.

<sup>108</sup> Siehe BGE 90 II 333 E. 2 S. 336, wonach die Beschränkung der Vereinsform auf die ideale Zweckverfolgung einer "interprétation exacte du texte légal" entspricht. Zur wechselvollen Rechtsprechung hinsichtlich der wirtschaftlichen Zweckverfolgung siehe folgende Entscheide: Bejaht unter der alten Praxis (z.B. BGE 62 II 32 E. 1 S. 33 f.). Verneint in BGE 88 II 209 E. 2d S. 225 ff. Rückkehr zur liberalen Praxis in BGE 90 II 333 E. 7 S. 345.

<sup>109</sup> BGE 123 III 193 (Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie). Bestätigt in BGE 131 III 97 E. 3 S. 102 (Kroatischer Kulturverein – im Ergebnis keine wirtschaftliche Zwecksetzung und daher umfassende Vereinsautonomie).

<sup>110</sup> Art. 60 Abs. 1 ZGB erwähnt "Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen oder andern nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen [...]."

<sup>111</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011, E. 9.3.

Gründen vorzusehen.<sup>112</sup> Genau wie bei den rein privaten Wirtschaftsvereinen gilt auch für die mit staatlicher Aufgabenerfüllung betrauten SRO, dass sie einen grundlosen Ausschluss ihrer Mitglieder nicht vorsehen dürfen:

"Dans ces conditions, il convient de constater que l'art. 72 CC doit être interprété conformément à l'art. 35 al. 2 Cs. en ce sens que les organismes d'autorégulation en matière de blanchiment d'argent constitués sous forme d'association de droit privé ne peuvent prévoir dans leurs statuts le droit d'exclure un membre sans indication de motif."<sup>113</sup>

### cc) Kompetenz der FINMA zur Überprüfung der Grundrechtskonformität von SRO-Statuten

[100] Das Bundesgericht sieht in den Bestimmungen des GwG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Kompetenz der FINMA, den vorgeschlagenen statutarischen Bestimmungen unter Hinweis auf Art. 35 Abs. 2 BV die Anerkennung zu verweigern.<sup>114</sup> Es verweist dabei namentlich auf die Bestimmungen in Art. 24 und 25 GwG, wonach die FINMA die SRO anerkennt, die über ein Reglement verfügen (Art. 24 Abs. 1 lit. a GwG), das seinerseits zwingend Bestimmungen über die Voraussetzungen für den Anschluss und Ausschluss von Finanzintermediären sowie über angemessene Sanktionen enthalten muss (Art. 25 Abs. 3 lit. a und c GwG), wobei das Reglement und seine Änderungen von der FINMA zu genehmigen sind (Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG).

### dd) Zulässigkeit einer Verschärfung der Genehmigungspraxis

[101] Dass die FINMA in der Vergangenheit Reglementsbestimmungen, die einen Ausschluss ohne Angabe von Gründen vorsahen, nicht beanstandet hat, hindert sie gemäss Bundesgericht nicht daran, diese Praxis zu ändern. In der Schweiz geniesst das Gebot der sachlich richtigen Entscheidung, die gestützt auf den aktuellen Erkenntnisstand des Gerichts ergeht, prinzipiell Vorrang gegenüber der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz und der Rechtsgleichheit.<sup>115</sup> Letztere finden insoweit Berücksichtigung, als die Praxisänderung sich auf sachliche Gründe stützen muss.<sup>116</sup> Das Bundesgericht hat im Fall ARIF diese Praxis bestätigt:

<sup>112</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011, E. 9.4.

<sup>113</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011 E. 9.4.

<sup>114</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011, E. 7, m.w.N.

<sup>115</sup> Siehe dazu die Nachweise bei *Susan Emmenegger/Axel Tschentscher*, Kommentierung von Art. 1 ZGB, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung, Art. 1-9 ZGB, N. 496 zu Art. 1 ZGB.

<sup>116</sup> *Emmenegger/Tschentscher*, (zit. in Fn. 115), N. 496 zu Art. 1 ZGB.

"Selon la jurisprudence, pour être compatible avec les art. 8 et 9 Cst., un changement de pratique administrative doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, c'est-à-dire rétablir une pratique conforme au droit, mieux tenir compte des divers intérêts en présence ou d'une connaissance plus approfondie des intentions du législateur, d'un changement de circonstances extérieures, de l'évolution des conceptions juridiques ou des mœurs. Les motifs doivent être d'autant plus sérieux que la pratique suivie jusqu'ici est ancienne. A défaut, elle doit être maintenue."<sup>117</sup>

[102] Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Verschärfung der Genehmigungspraxis der FINMA sachlich begründet, weil sie auf dem aktuellen juristischen Erkenntnisstand im Hinblick auf Art. 35 Abs. 2 BV beruht, wonach private Verwaltungsträger der Grundrechtsbindung unterliegen.

### **3. Konsequenzen für die Frage der Anschlusspflicht**

[103] Im Entscheid ARIF hatte die FINMA die Statutenänderung einzig unter dem Aspekt des *Ausschlusses* eines Vereinsmitglieds ohne Angabe von Gründen beanstandet. Nur diese Frage war demnach auch Gegenstand des Bundesgerichtsentscheides. Dies, obwohl die ARIF-Statuten eine Anschlussverweigerung ohne Angabe von Gründen vorsahen.<sup>118</sup> Aus welchen Gründen die FINMA sich auf die Frage des Vereinsausschlusses beschränkte, ist aus dem Bundesgerichtsentscheid nicht ersichtlich. Ob dies aus inhaltlichen ("eine solche Anschlussverweigerung ist zulässig") oder aus strategischen ("man soll das Fuder nicht überladen") geschah, bleibt daher offen. Da aber auch heute noch mehrere SRO in ihren (genehmigungsbedürftigen) Regularien eine Anschlussverweigerung ohne Angaben von Gründen vorsehen, ist davon auszugehen, dass die FINMA zwischen der Zulässigkeit von An- und Ausschlüssen, die jeweils ohne Begründung erfolgen, bisher unterscheidet. Diese Praxis sollte mit Blick auf die neuere Rechtsprechung überdacht werden:

#### **a) Gleiche Grundrechtsbindung bei Anschluss- und Ausschlussentscheidungen**

##### **aa) Grundrechtsbindung der SRO bei allen Handlungen im Zusammenhang mit der staatlichen Aufgabenerfüllung**

[104] Die Erwägungen des Bundesgerichts im Entscheid ARIF gelten grundsätzlich auch für die Frage einer *Anschlussverweigerung* ohne Angabe von Gründen. Die Grundrechtsbindung von privaten Verwaltungsträgern ist in Lehre und

<sup>117</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011, E. 8.1.

<sup>118</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011, Sachverhalt A.

Rechtsprechung generell und unzweideutig anerkannt.<sup>119</sup> Die SRO erfüllen im Bereich des GwG aufsichtsrechtliche Aufgaben<sup>120</sup> und sie sind daher insbesondere an das Willkürverbot (Art. 8 BV), das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 9 BV) und an das Gebot der Einräumung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) gebunden.<sup>121</sup> Diese Bindungen gelten für Anschlussentscheidungen ebenso wie für Ausschlussentscheidungen.

[105] Die rechtliche Ungleichbehandlung von Anschluss und Ausschluss wäre nur dann zulässig, wenn die unbegründete Anschlussverweigerung als grundrechtskonform angesehen werden könnte. Für eine solche Differenzierung spricht allenfalls, dass ein Ausschluss – gerade wenn es sich um eine SRO mit grosser Mitgliederzahl oder um die einschlägige Branchen-SRO handelt – wegen der damit verbundenen Publizität den betroffenen Finanzintermediär stärker in seinem Ruf und seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit trifft, als dies bei einer Anschlussverweigerung der Fall ist. Solche Intensitätsunterschiede ändern aber nichts daran, dass auch eine Anschlussverweigerung eine gewisse Publizität hat und es dem Finanzintermediär erschwert, sich im Zuge einer Direktunterstellung unter die FINMA oder im Rahmen eines Anschlussgesuches an eine andere SRO nachzuweisen, dass er einen guten Ruf geniesst und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach GwG bietet (Art. 14 Abs. 2 lit. *b* und *c* GwG). Ausserdem verlangt jeder wirksame Grundrechtsschutz ungeachtet der Beeinträchtigungsintensität mindestens nach einer Begründung, auf die der Grundrechtsträger seine Anfechtung stützen kann (Art. 29 Abs. 2 BV).<sup>122</sup>

#### **bb) Keine Grundlage für Differenzierung bei der Begründungspflicht gestützt auf Art. 27 GwG**

[106] Mit Blick auf die Gesetzesregelung (Art. 27 GwG) und deren Massgeblichkeit (Art. 190 BV) könnte man die unterschiedliche Behandlung von Anschlussverweigerung und Vereinsausschluss damit begründen, dass das GwG selbst eine solche Unterscheidung trifft. Gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. *b* und *c* GwG muss die SRO der FINMA die Ausschlussentscheide und die Entscheide über die Verweigerung eines Anschlusses unverzüglich melden. Nur im Falle des Ausschlussentscheides verlangt aber das Gesetz auch die Mitteilung der Begründung. Daraus könnte man schliessen, dass der Gesetzgeber eine Anschlussverweigerung ohne Angabe von Gründen als zulässig erachtet. Auch diese Begründung vermag nicht zu überzeugen.

---

<sup>119</sup> Siehe oben Rz. [89].

<sup>120</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011, E. 6.1.

<sup>121</sup> Siehe oben Rz. [93]. Siehe weiter den Hinweis in BGer Urteil 2C\_889/2010 Urteil vom 28. April 2011 E. 6.2 auf *Carlo Lombardini*, *Banques et blanchiment d'argent*, *Conventions de diligence*, *Ordonnance de la CFB*, *Code pénal et LBA*, Zürich u.a. 2006, S. 85 f. Rz. 303 [Neuaufgabe kurz vor dem Erscheinen].

<sup>122</sup> Grundlegend dazu BGE 129 I 232 E. 3 S. 234 ff., bekräftigt in BGE 129 I 217 E. 3.3 S. 230.

[107] Die aktuelle Regelung der Anzeigepflicht wurde im Zuge des FINMAG in das GwG eingefügt. Gemäss Botschaft sollte damit sichergestellt werden, dass die FINMA laufend über wichtige Entscheide und Verfahren der SRO informiert ist und *bei Bedarf rechtzeitig handeln kann*.<sup>123</sup> Mit Art. 27 GwG wollte sich der Gesetzgeber nicht zur Grundrechtsbindung der SRO als private Verwaltungsträgerinnen äussern – wie überhaupt die Tragweite von Art. 35 Abs. 2 BV noch vor wenigen Jahren nicht in dem Masse konkretisiert war, wie sie es heute ist. Es ging bei dieser Gesetzgebung auch nicht um den Schutz der Grundrechte von SRO-Mitgliedern gegenüber den SRO. Vielmehr hatte Art. 27 GwG die Sicherstellung der rechtzeitigen Intervention der FINMA zum Ziel. In diesem Zusammenhang ist aber nur die Begründung eines Ausschlusses von Bedeutung, denn nur hier muss die FINMA einschätzen können, ob und mit welcher Dringlichkeit ein Handlungsbedarf besteht. Solange hingegen ein Finanzintermediär keiner SRO angeschlossen ist und sich der FINMA nicht unterstellt hat, darf er keine Tätigkeit ausüben, die in den Anwendungsbereich des GwG fällt.

[108] Gegen die Anzeigepflicht als Grundlage für eine unterschiedliche Rechtslage bei der Begründungspflicht von SRO-Anschlüssen und SRO-Ausschlüssen spricht schliesslich, dass sich das Bundesgericht im Entscheid ARIF – im Gegensatz zur FINMA und zum Bundesverwaltungsgericht<sup>124</sup> – *gerade nicht* auf Art. 27 GwG gestützt hat. Angesichts der Ausführlichkeit, mit der das Bundesgericht den Entscheid ARIF begründet und wie häufig es dabei auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen hat, liegt der Schluss nahe, dass das Bundesgericht für die Grundrechtsbindung der SRO die im Rahmen der Anzeigepflicht getroffene Unterscheidung nicht als massgeblich erachtet hat und einer solcher Differenzierung auch nicht Vorschub leisten wollte, indem es auf Art. 27 GwG verweist.

## **b) Gesteigerte Bedeutung der Grundrechtsbindung bei Wegfall der Direktaufsicht**

[109] Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Erwägungen des Bundesgerichts zur Grundrechtsbindung der SRO im Entscheid ARIF bereits heute auf das Anschlussverfahren übertragbar. In diesem Zusammenhang ist noch einmal daran zu erinnern, dass das Bundesgericht es ausdrücklich abgelehnt hat, die Grundrechtsbindung der SRO unter Hinweis auf die Alternative einer Direktauf sicht bzw. dem möglichen Anschluss an eine andere SRO zu relativieren.<sup>125</sup> Der vorgesehene Wegfall der Direktauf sicht und der damit verbundene (beschwerdefähige) Rechtsanspruch auf eine Bewilligung<sup>126</sup> spielen aber insofern eine Rolle, als in diesem Fall erst recht keine Zweifel mehr daran bestehen

<sup>123</sup> Botschaft FINMAG, BBl 2006 2910.

<sup>124</sup> BVGer B-3883\_2009 vom 7. Oktober 2010, Sachverhalt F (FINMA), E. 3.4 und E. 4 (Bundesverwaltungsgericht).

<sup>125</sup> Siehe oben Rz. [95].

<sup>126</sup> Art. 53 FINMAG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 31 und 33 lit. e VGG.

können, dass die SRO verpflichtet sind, ihr Anschlussverfahren grundrechtskonform auszugestalten:

[110] Beim Wegfall der Direktaufsicht sind die SRO die ausschliesslichen aufsichtrechtlichen Gewährsträger dafür, dass die Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG die gesetzlichen Zulassungsbedingungen erfüllen. Aus Sicht der anschlusspflichtigen Finanzintermediäre sind sie sodann die ausschliesslichen Entscheidungsträger, wenn es um den verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf den freien Zugang zu der erstrebten privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit geht (Art. 27 Abs. 2 BV). Mit dem Wechsel von einer alternativen zu einer exklusiven "Gate-Keeperfunktion" ändern sich Umfang und Qualität der staatlichen Aufgabendelegation im GwG-Bereich. Die nach Art. 35 Abs. 2 BV vorgesehene umfassende Grundrechtsbindung auch der Privaten bei staatlicher Aufgabenerfüllung wird dadurch für die Finanzintermediäre noch wichtiger.

### **c) Konkrete Folgen**

[111] Die konkreten Folgen, die spätestens mit dem Wegfall der Direktaufsicht eintreten werden, ergeben sich unmittelbar und mittelbar aus der im ARIF-Entscheid anerkannten Grundrechtsbindung der SRO. Sie lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen:

#### **aa) Keine rechtsungleiche oder willkürliche Anschlussverweigerung**

[112] Die SRO sind bei der Ausgestaltung ihrer Aufnahmeverfahren sowohl mit Blick auf die Statuten und Reglemente als auch bezüglich der einzelnen Aufnahmeentscheidung an das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und an das Willkürverbot (Art. 9 BV) gebunden. Reglementarische Zulassungsschranken, die über die Anforderungen des GwG hinausgehen, müssen deshalb sachlich begründet sein. Zulassungsentscheide, die anschlusswillige Finanzintermediäre trotz gleicher Voraussetzungen unterschiedlich behandeln, sind nicht zulässig. Ebenso unzulässig sind Ablehnungsentscheide, die sich auf keinerlei sachliche Gründe stützen.

#### **bb) Begründungspflicht bei Anschlussverweigerung**

[113] Weiter unterliegen die SRO im Rahmen ihrer Grundrechtsbindung dem Gebot, anschlusswilligen Finanzintermediären das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) einzuräumen, womit namentlich der Anspruch auf eine begründete Entscheidung verbunden ist.<sup>127</sup> Eine Statutenregelung, die eine Anschlussverweigerung ohne Angabe von Gründen vorsieht, ist unzulässig. Unzulässig ist

---

<sup>127</sup> BGer Urteil 2C\_887/2010 vom 28. April 2011 E. 6.2, m.w.N.

unabhängig von den Statuten auch eine im Einzelfall getroffene Aufnahmeverweigerung, die keine Begründung enthält.

**cc) Anschlussverweigerung nur aus grundsatzkonformen Gründen**

[114] Schliesslich dürfen die SRO eine Anschlussverweigerung selbst *mit* sachlichen Gründen nur dann vornehmen, wenn die Ablehnung nicht der Abwehr neuer Konkurrenten zur Beschränkung des Marktes dient. Die SRO-Aufnahmevoraussetzungen müssen im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Zwecksetzung liegen und dadurch dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) Rechnung tragen.

**4. Beurteilung einzelner Zulassungsschranken im Lichte der Neuregelung**

[115] Nach dem Gesagten sind bei einem Wegfall der Direktaufsicht durch die FINMA hohe Anforderungen an die sachliche Begründetheit von Zulassungsschranken seitens der SRO zu stellen. Mit Blick auf die Organisation und Zulassungspraxis der GwG-SRO ergeben sich daraus folgende Erwägungen:

**a) Branchenspezifische und regionale Zulassungsschranken**

[116] Aktuell sind sieben von zwölf SRO als Branchen-SRO organisiert,<sup>128</sup> eine SRO ist regional ausgerichtet<sup>129</sup>. Diese Zulassungsschranken haben auch bei Wegfall der Direktaufsicht durch die FINMA Bestand. Aus der Grundrechtsbindung der SRO folgt nicht ein uneingeschränktes Recht auf Aufnahme, sondern ein Verbot der Aufnahmeverweigerung aus sachfremden, insbesondere grundsatzwidrigen Gründen. Regionale oder branchenspezifische Zulassungsschranken genügen den hohen Anforderungen an die sachliche Begründetheit und sind daher auch in Zukunft zulässig, solange sie nicht zu unüberwindlichen Hindernissen werden (Marktversagen).

**b) Organisations- oder qualifikationsbezogene Zulassungsschranken**

[117] Bei den meisten SRO decken sich die Zulassungsvoraussetzungen mit den gesetzlichen Vorgaben nach Art. 14 Abs. 2 GwG. Die vom Gesetz für die Bewilligungserteilung kumulativ zu erfüllenden Vorgaben<sup>130</sup> werden auch in den je-

---

<sup>128</sup> Siehe oben Rz. [26] ff. Es handelt sich um folgende Organisationen: (1) SRO SSV, (2) SRO SAV-SNV, (3) SRO SLV, (4) SRO SVIG, (5) SRO VSV, (6) SRO Treuhand Suisse, (7) SRO SBB. Die SRO SBB ist spezialgesetzlich organisiert.

<sup>129</sup> Siehe oben Rz. [40]. Es handelt sich um die OAD FCT (Tessin).

<sup>130</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. a-c GwG: verlangt werden a. ein HR-Eintrag oder die Tätigkeit aufgrund einer behördlichen Bewilligung, b. eine angemessene interne Organisation, welche den gesetzlichen Vorschriften gerecht wird, und c. ein guter Ruf der mit der Verwaltung und Geschäftsleitung betrauten Personen.



weiligen SRO-Regelungen für die Zulassung verlangt.<sup>131</sup> Dies spiegelt sich insbesondere in den einzureichenden Dokumenten wieder:<sup>132</sup> auch hier sind die Unterschiede zu den von der FINMA für die DUFI-Bewilligung verlangten Angaben marginal.<sup>133</sup>

[118] Einzelne SRO stellen für die Mitgliedschaft zusätzliche Voraussetzungen auf. So verlangt etwa der VSV, dass ein anschlusswilliger Finanzintermediär mindestens fünf Jahre Berufserfahrung aufweist, einen Wohnsitz oder ein Domizil in der Schweiz hat und über die notwendige Infrastruktur für eine unabhängige Beratungs- und Verwaltungstätigkeit verfügt. Die Polyreg verlangt neben den Voraussetzungen nach GwG, dass sich der Schwerpunkt der tatsächlichen finanzintermediären Geschäftstätigkeit in der Schweiz befindet oder von der Schweiz aus erbracht wird. Betriebsstätten im Ausland müssen sowohl der Aufsicht der zuständigen ausländischen Behörde unterstehen als auch über eine Bewilligung verfügen.<sup>134</sup>

[119] Solche organisations- und qualifikationsbezogene Zulassungsschranken sind sachlich begründet und haben auch unter dem künftigen Modell der GwG-Kontrolle Bestand. Allerdings gilt auch hier, dass nicht insgesamt ein Ausschluss neuer Konkurrenten entstehen darf, indem die Anforderungen praktisch unüberwindliche Hindernisse begründen (Marktversagen). So wäre es beispielsweise unzulässig, wenn alle SRO eine jahrelange praktische Erfahrung als Anschlussvoraussetzung erheben.

### c) Anschlussverweigerung ohne Angabe von Gründen

[120] Sechs SRO halten ausdrücklich fest, dass eine Aufnahmeverweigerung ohne Angabe von Gründen erfolgen kann und dass das zuständige SRO-Gremium einen endgültigen Entscheid trifft.<sup>135</sup> Eine SRO äussert sich nicht ausdrücklich

---

<sup>131</sup> Art. 4 VQF-Statuten (Fn. 48), Art. 5 VQF-Reglement → VQF Downloads; § 4 Polyreg-Statuten (Fn. 35), Basisdokumente der SRO Polyreg; Art. 9 ARIF-Statuten (Fn. 39), Informationen → Dokumente und Art. 5 ARIF-Reglement (Fn. 39), Informationen → Dokumente; Art. 7 OAR-G-Statuten (Fn. 44), Cadre légal → Status/Réglements; Art. 4 OAD-FCT-Statuten (Fn. 52), Regolamenti und Art. 5 und 8 OAD-FCT-Organisationsreglement (Fn. 52), Regolamenti.

<sup>132</sup> Beispielsweise werden zur Überprüfung des guten Leumunds Lebensläufe oder Strafregisterauszüge, zur Feststellung einer angemessenen internen Organisation Organigramme verlangt.

<sup>133</sup> Siehe hierzu „Gesuchsvorlage DUFI-Bewilligung“, abrufbar unter <www.finma.ch>, Beaufichtigte, DUFI.

<sup>134</sup> § 4 Abs. 1 lit. c Polyreg-Reglement (Fn. 35), Basisdokumente der SRO Polyreg.

<sup>135</sup> Es handelt sich um folgende Organisationen: ARIF (Rz. [37]), OAR-G (Rz. [38]), SLV (Rz. [28]), SVIG (Rz. [30]), VQF (Rz. [39]), VSV (Rz. [31]), Treuhand Suisse (Rz. [32]). Im Einzelnen: ARIF: Art. 14 Statuten; OAR-G: Art. 11 Statuten; SLV: Art. 7 Reglement für Anschluss, Austritt und Ausschluss von Finanzintermediären; SVIG: Ziff. 2.6.4. Reglement zur SRO-Zugehörigkeit; VQF: Art. 5 Abs. 2 und 3 Statuten; VSV: Art. 7 lit. b Statuten, Punkt III./C SRO Reglement VSV (Aufnahme und Aus-

zur Frage der Begründung, hält aber wie die anderen hier erwähnten SRO fest, dass der Entscheid endgültig ist und Beschwerdemöglichkeiten ausgeschlossen sind.<sup>136</sup> Im Ergebnis liegt bei sieben SRO der Entscheid über die Annahme im freien Ermessen der SRO, denn sie können gestützt auf ihre Regularien einem anschlusswilligen Finanzintermediär die Aufnahme verweigern, obwohl er die von der SRO aufgestellten Aufnahmekriterien erfüllt. Eine solche Praxis widerspricht der Grundrechtsbindung und ist verfassungswidrig. Sie verletzt auch den Anspruch auf rechtliches Gehör, der eine begründete Entscheidung verlangt (Art. 29 Abs. 2 BV; siehe Rz. [104] ff.).

[121] In praktischer Hinsicht hat die diagnostizierte Verfassungswidrigkeit der Mitgliedschaftsregelung dieser SRO bislang keine gravierenden Konsequenzen, weil für abgewiesene Finanzintermediäre die Möglichkeit besteht, sich direkt unter die Aufsicht der FINMA zu begeben. Die FINMA-Bewilligung ist ihrerseits eine Polizeibewilligung: Wer die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf die Bewilligungserteilung.<sup>137</sup>

[122] Vorausschauend kann allerdings festgehalten werden: Bei Wegfall der Direktunterstellung muss die Grundrechtsbindung der SRO auch in praktischer Hinsicht zum Tragen kommen. Die Ausgestaltung der Aufnahmebedingungen muss daher im Lichte der Grundrechtsbindung der SRO angepasst werden.

## **VII. Durchsetzung des grundrechtskonformen Rahmens: Kontrollauftrag der FINMA**

[123] Die Delegation von öffentlichen Aufgaben an Private ist zwar zulässig, doch werden dadurch die verfassungsrechtlichen Pflichten des Staates nicht aufgehoben. Dieser hat durch die Ausgestaltung der Delegation und durch vorbehaltene Interventionsmöglichkeiten dafür zu sorgen, dass auch die privaten Verwaltungsträger bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Willkürgebot in gebotener Masse beachten.<sup>138</sup> Das GwG trägt diesen Voraussetzungen durch den Kontrollauftrag der FINMA Rechnung.

### **1. Reglementsgenehmigung und Reglementsdurchsetzung**

[124] Die FINMA genehmigt im Rahmen ihrer Aufsicht über die SRO deren Reglemente (Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG). Gemäss Art. 25 GwG enthalten die Regle-

---

schluss von Mitgliedern); Treuhand Suisse: Art. 22 Ziff. 3 Selbstregulierungsordnung.

<sup>136</sup> Art. 22 Ziff. 3 Selbstregulierungsordnung Treuhand Suisse.

<sup>137</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 98), Verwaltungsrecht, Rz. 2534.

<sup>138</sup> Vgl. BGE 133 I 49 E. 3.2. S. 56; 127 I 84 E. 4c S. 90; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht (Fn. 98), Rz. 1530 f.

mente unter anderem Bestimmungen über die Aufnahme und den Ausschluss von Finanzintermediären. Die FINMA hat insofern eine direkte Steuerungsmöglichkeit, um sicherzustellen, dass die SRO bei der Ausgestaltung ihrer Reglemente und der darin enthaltenen Aufnahmebedingungen ihre Grundrechtsbindung beachten. Sie ist zu dieser Steuerung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet: Das GwG weist im Parabankenbereich den SRO eine zentrale Kontrollfunktion zu und unterstellt sie der Aufsicht durch die FINMA. In diesem System ist die FINMA für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, die mit einer Delegation von Aufsichtsaufgaben an Private verbunden sind, verantwortlich.

[125] Weiter hat die FINMA im Rahmen ihrer Aufsicht dafür zu sorgen, dass die SRO ihre Reglemente durchsetzen (Art. 18 Abs. 1 lit *d* GwG). Das beinhaltet die Kontrolle darüber, dass die SRO ihre grundrechtskonform auszugestaltenden Aufnahmeverfahren auch effektiv einhalten. Die Kontrolle erfolgt mithin auf zwei Stufen: Die erste Stufe bilden die Regelwerke der SRO, die zweite Stufe bilden die einzelnen Aufnahme- und Ausschlussentscheide.

## **2. Praktische Umsetzung**

[126] Der Blick auf die geltenden SRO-Regelungen über die Aufnahme von anschlusswilligen Finanzintermediären lässt unschwer erkennen, dass die FINMA sich bislang bei ihrem Kontrollauftrag eine gewisse Zurückhaltung auferlegt hat. Diese Zurückhaltung ist angesichts der Grundrechtsbindung der SRO nicht gerechtfertigt. Sie muss spätestens mit dem Wegfall der Direktaufsicht aufgegeben werden.

## **3. Fazit: Anpassungsbedarf der Kontrollpraxis**

[127] Wenn von der FINMA die Aufgabe ihrer bisherigen Zurückhaltung im Hinblick auf das Aufnahmeverfahren und die Aufnahmepraxis der SRO gefordert wird, so liegt darin lediglich eine Aufforderung zu einer Praxisänderung im Sinne einer rechtskonformen Anwendung des GwG. Die Folge davon wäre, dass SRO-Reglemente, die sachfremde Aufnahmekriterien vorsehen, nicht genehmigt werden können, und dass die FINMA verpflichtet ist, eine gleichheitswidrige, willkürliche oder nicht mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit konforme Aufnahmepraxis zu unterbinden. Dass die FINMA im Lichte von Art. 35 Abs. 2 BV zu einer Praxisänderung befugt ist, hat das Bundesgericht im Entscheid ARIF ausdrücklich bestätigt (Rz. [101]–[102]).

## **VIII. Rechtsschutz im Falle sachfremder Aufnahmeverweigerung**

[128] Wenngleich die geltende Rechtslage an und für sich gewährleistet, dass ein rechtskonform organisierter und anschlusswilliger Finanzintermediär des Pa-

rabankensektors sich einer SRO anschliessen kann, stellt sich im Rahmen des exklusiven Selbstregulierungsmodells dennoch verstärkt die Frage, welche Rechtsbehelfe dem anschlusswilligen Finanzintermediär im Falle einer Anschlussverweigerung durch die SRO zustehen. Im aktuellen GwG-System ist der Rechtsschutz zwar indirekt, aber doch umfassend gewährleistet: Ein abgewiesener Finanzintermediär kann sich der FINMA unterstellen, und diese ist ihrerseits verpflichtet, die Direktunterstellung vorzunehmen und die Bewilligung zu erteilen, falls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Falls der betroffene Finanzintermediär die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, wird die FINMA die Direktunterstellung verweigern. Die Folge davon ist das Ende der Berufstätigkeit als Finanzintermediär im Anwendungsbereich des GwG (Art. 20 GwG i.V.m. Art. 37 Abs. 3 FINMAG). Die Verweigerung der (Polizei-)Bewilligung unterliegt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

[129] Im exklusiven Selbstregulierungsmodell entfällt die Möglichkeit der Direktunterstellung und somit auch der Rechtsschutz, der mit einem Bewilligungsverfahren vor der FINMA verbunden ist. In einem solchen Fall stellt sich verstärkt die Frage, ob ein abgewiesener Finanzintermediär selbst ein Verfahren zur Überprüfung des Abweisungsbescheids einleiten kann. Wie noch zu zeigen sein wird, ist dies der Fall.

## **1. Rechtsanspruch auf Anschluss**

[130] Der FINMA obliegt von Gesetzes wegen die Aufsicht über die SRO (Art. 18 Abs. 1 GwG) und sie ist in diesem Rahmen auch verpflichtet, für die rechtskonforme Durchsetzung der SRO-Reglemente zu sorgen (Art. 18 Abs. 1 lit. d GwG). Wird einem anschlusspflichtigen Finanzintermediär entweder ohne Begründung oder aus sachfremden Gründen oder aus einem nicht mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbartem Motiv (z.B. Vermeidung neuer Konkurrenten) die Aufnahme in eine SRO verweigert, so kann er, sofern die Sache im Übrigen entscheidungsreif ist, von der FINMA verlangen, dass sie den rechtskonformen Anschluss gegenüber der SRO durchsetzt. Ein betroffener Finanzintermediär hat im Verfahren der FINMA Parteistellung mit allen damit verbundenen Parteirechten und -pflichten. Dies gilt es näher zu begründen:

### **a) Parteistellung des abgewiesenen Finanzintermediärs**

#### **aa) Rechtsrahmen**

[131] Das GwG und das FINMAG enthalten keine besonderen Bestimmungen über die Parteistellung von Dritten im aufsichtsrechtlichen Verfahren vor der FINMA. Gestützt auf Art. 53 FINMAG richtet sich die Frage deshalb nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), namentlich Art. 6 und Art. 48 VwVG. Diese Rechtslage hat das Bundesgericht bereits zweifach bestätigt, einmal ge-

genüber einem Bankkunden, und einmal gegenüber einem Versicherungskunden.<sup>139</sup>

[132] Dabei sind gemäss Bundesgericht folgende Voraussetzungen für die Parteistellung massgeblich:

"Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und anderen Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung **besonders berührt** ist (lit. b) und ein **schutzwürdiges Interesse** an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren samt den damit verbundenen Parteipflichten und -rechten [...]. Insbesondere kann er von der zuständigen Behörde den Erlass einer Verfügung verlangen. [...]. Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen bzw. zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache muss der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid [oder das Fehlen des angebehrten Entscheids] mit sich bringen würde. [...]"<sup>140</sup>

[133] Die Voraussetzungen der besonderen Betroffenheit (Art. 48 Abs. 1 lit. *b* VwVG) und des schützenswerten Interesses (Art. 48 Abs. 1 lit. *c* VwVG) müssen kumulativ erfüllt sein. Das Bundesgericht hat die Beschwerdelegitimation in zahlreichen Fällen auch bei Personen verneint, die zwar in der fraglichen Konstellation stärker als ein beliebiger Dritter betroffen waren, denen aber kein

---

<sup>139</sup> BGE 139 II 279 E. 2.1 S. 281 f. (Bankkunde, Anzeige wegen fehlender Bewilligung für eine Tochtergesellschaft im Ausland); BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1. (Versicherungskunde, Beschwerde gegen die Entlassung der Versicherung aus der Versicherungsaufsicht).

<sup>140</sup> BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1, m.w.N. (Hervorhebungen hinzugefügt) Praktisch wortgleich BGE 139 II 279 E. 2.2 S.282, wo statt dem Recht auf Erlass der Verfügung unter "insbesondere" das im betreffenden Verfahren angebehrte Akteneinsichtsrecht erwähnt wird.

schutzwürdiges Interesse zugestanden wurde.<sup>141</sup> Die Hürde liegt also im Regelfall im Nachweis des schützenswerten Interesses. Wer bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige einreicht, erwirkt ein geschütztes Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 VwVG, wenn die zur Aufsicht verpflichtete Behörde eine vom Anzeiger beantragte Aufsichtsmaßnahme ablehnt, an welcher er ein konkretes Interesse hat.<sup>142</sup>

[134] Im Bereich des Finanzmarktrechts hat das Bundesgericht das schutzwürdige Interesse von Bankkunden verneint, deren Anzeigen im Ergebnis einzig der Unterstützung bei der Durchsetzung von zivilrechtlichen Forderungen dienten.<sup>143</sup> Verneint hat es auch das schützenswerte Interesse eines Anteilsinhabers, der von der Bankenaufsicht die Einleitung eines Strafverfahrens gegen Bankverantwortliche verlangte, zumal er auch selber eine Strafanzeige einreichen könne.<sup>144</sup> Damit wird gleichzeitig deutlich, dass die Beurteilung eines schützenswerten Interesses auch davon abhängt, ob der Betroffene den angestrebten Erfolg auf anderem – z.B. zivil oder strafrechtlichem Weg – erreichen kann.<sup>145</sup>

[135] Bejaht hat das Bundesgericht hingegen das schützenswerte Interesse der Inhaberin von Fondsanteilen, die von der damaligen EBK die Absetzung des Sachwalters verlangt hatte, der zuvor von der EBK zur Abwicklung des Fonds eingesetzt worden war. Gemäss Bundesgericht ist die Anteilseignerin durch den zu erlassenden Absetzungsentscheid besonders berührt und sie hat an dieser Entscheidung auch ein schützenswertes Interesse, weil sie durch eine mangelhafte Geschäftsführung des Sachwalters beeinträchtigt wird. Als nicht massgeblich erachtete das Bundesgericht die Tatsache, dass der Anteilseignerin gegen den Sachwalter auch die Zivilklage zur Verfügung stand: Damit könne man zwar Schadenersatz verlangen, aber der Zivilrichter könne den Sachwalter nicht absetzen. Die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien zur Parteistellung vor der Finanzmarktaufsichtsbehörde wurden seither bestätigt,<sup>146</sup> zuletzt wurden sie in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 ausführlich wiedergegeben.<sup>147</sup>

---

<sup>141</sup> Beispiele in BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.3.2, u.a.: Konkurrenten sind im Regelfall zur Anfechtung einer zu Unrecht erteilten Bewilligung an einen Mitkonkurrenten nicht legitimiert (BGE 127 II 264 E. 2c S. 269); einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat einer der Bankenaufsicht unterstehenden Gesellschaft ist nicht zur Anfechtung der an die Gesellschaft gerichteten aufsichtsrechtlichen Verfügung befugt, soweit er über die beherrschte Gesellschaft selbst eine Beschwerde erheben könnte (BGE 131 II 306 E. 1.2.2 S. 311 f.; BGer 2A.721/2006 vom 19. März 2007 E. 2.1)

<sup>142</sup> Vgl. BGE 135 II 145 E. 6.1 S. 150 f.; 130 II 149 E. 3.3 S. 158; 120 Ib 351 E. 3b S. 355.

<sup>143</sup> BGE 139 II 279 E. 2.4 S. 283 f. (Forderung *in casu* von der Bank bestritten und selbst im Liquidationsfall höchstwahrscheinlich vom Liquidator abgewiesen); BGE 120 Ib 351 E. 4b S. 356 f.

<sup>144</sup> BGE 120 Ib 351 E. 4d S. 358, unter Hinweis auf BGE 98 Ib 53 E. 5 S. 62.

<sup>145</sup> So ausdrücklich BGE 139 II 279 E. 2.3 S. 283.

<sup>146</sup> Vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 354 f. sowie E. 4c und 4d, S. 357 f.

<sup>147</sup> BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.3.2.

## **bb) Anwendung auf den GwG-Kontext**

[136] In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Finanzintermediär, dem eine SRO rechtswidrig den Anschluss verweigert, mehr als die Allgemeinheit berührt (Art. 48 Abs. 1 lit. *b* VwVG). Angesichts der Nachteile, die ihn sogar in seiner verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit beschränken (Art. 27 BV), ist er zudem in seinem schutzwürdigen Interesse betroffen (Art. 48 Abs. 1 lit. *c* VwVG). Folglich kommt dem abgewiesenen Finanzintermediär, der bei der FINMA Anzeige erstattet, Parteistellung zu.

## **b) Kompetenz der FINMA zur Bewirkung des Anschlusses**

[137] Die FINMA ist die zuständige Behörde für die Aufsicht über den Finanzmarkt nach den in Art. 1 FINMAG erwähnten Finanzmarktgesetzen, zu denen auch das GwG zählt (Abs. 1 lit. *f* FINMAG). Die SRO bedürfen der Anerkennung durch die FINMA und unterstehen deren Aufsicht (Art. 3 Abs. 1 lit. *a* FINMAG, Art. 18 Abs. 1 lit. *b* GwG). Die FINMA ist in diesem Rahmen auch verpflichtet, für die Durchsetzung der SRO-Reglemente zu sorgen (Art. 18 Abs. 1 lit. *d* GwG), deren Rechtskonformität sie im Rahmen der Reglements Genehmigung überprüft (Art. 18 Abs. 1 lit. *c* GwG).

[138] Gemäss Art. 31 FINMAG ist die FINMA verpflichtet, bei Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu sorgen. Die FINMA verfügt gestützt auf diese Bestimmung über die Kompetenz, im Einzelfall und mit Blick auf die spezifische Problemstellung die notwendigen Massnahmen zu ergreifen. Ihr wird dabei ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.<sup>148</sup>

[139] Im Falle einer rechtswidrigen Anschlussverweigerung besteht die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands darin, dass die FINMA bei der säumigen SRO den Anschluss erwirkt. Die sachgerechteste Vorgehensweise bestünde darin, den Anschluss des Neumitglieds an die SRO direkt zu verfügen. Grundsätzlich erstreckt sich die Beschwerdelegitimation darauf, "von der zuständigen Behörde den Erlass einer Verfügung [zu] verlangen."<sup>149</sup> Die FINMA ist gemäss Art. 53 FINMAG auch berechtigt, Gestaltungsverfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. *a* VwVG zu erlassen. In dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall der Abberufung eines Sachwalters durch die damalige EBK war das Verfügungshandeln mit unmittelbarer Gestaltungswirkung auch möglich (Bevolligungsentziehung).<sup>150</sup> Bei der gesteuerten Selbstregulierung tritt indes für

---

<sup>148</sup> Siehe dazu BVGE 2013/19 E. 6.1 S. 243: "L'art. 31 LFINMA octroie à l'autorité inférieure la faculté de prononcer, dans un cas particulier et en raison de problèmes spécifiques en découlant, les mesures qui s'imposent. Elle jouit à cet égard d'une marge de manoeuvre importante, primordiale afin de rester en mesure d'agir dans un domaine en partie très technique."

<sup>149</sup> BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.1.

<sup>150</sup> BGE 98 Ib 53 E. 3 S. 58 ff.

alle Mitgliedschaftsfragen die Verbandsautonomie dazwischen. Die Aufnahme ist formell ein privatrechtliches Handeln, das nicht durch Verfügung erfolgt. Damit bleibt der FINMA als Handlungsform die Feststellungsverfügung dahin, dass die Anschlussverweigerung rechtswidrig war und, sofern die Sache im Übrigen entscheidungsreif ist, dass nur die sofortige Aufnahme des Neumitglieds den ordnungsgemässen Zustand herzustellen vermag. Im Hintergrund steht dabei die Angewiesenheit des Verbands auf Anerkennung als SRO, so dass die Durchsetzbarkeit des Anspruchs keine Probleme aufwerfen dürfte.

## 2. Schiedsgerichte: Zusätzliches Rechtsschutzinstrumentarium

[140] Als zusätzliches Rechtsschutzinstrumentarium gegen eine rechtswidrige Aufnahmeverweigerung können Schiedsgerichte dienen. Einige SRO sehen dies bereits jetzt für den Ausschluss aus der SRO vor. Vereinzelt ist diese Möglichkeit auch im Falle der Aufnahmeverweigerung vorgesehen, so etwa bei der SRO des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notariatsverbandes,<sup>151</sup> bei der Polyreg<sup>152</sup> und beim OAD FCT<sup>153</sup>. Die letztgenannte Organisation räumt allerdings dem abgewiesenen Finanzintermediär bei der Ernennung der Schiedsrichter keine Mitwirkung ein.<sup>154</sup> Immerhin kann man aber festhalten, dass der Einräumung einer Beschwerdemöglichkeit die implizite Regel zugrunde liegt, dass die Aufnahme nach willkürfreien Kriterien erfolgen soll – ansonsten wäre sie von einem Beschwerdegremium gar nicht auf ihre Regelkonformität hin überprüfbar.

[141] Die Schiedsgerichte bieten dem abgewiesenen Finanzintermediär eine zusätzliche Beschwerdemöglichkeit, sie verdrängen aber den Rechtsanspruch auf

---

<sup>151</sup> Art. 31 SAV-SNV-Statuten i.V.m. Art. 12 Reglement (Beschlussnahme über Aufnahme durch Ausschuss, Rekurs gegen Entscheide des Ausschusses vor Schiedsgericht), Art. 63 Statuten (begründete Entscheidung des Schiedsgerichts). Siehe oben SRO SAV-SNV [Fn. 15, Regelwerke].

<sup>152</sup> § 6 und 37 Polyreg-Statuten [Fn. 35, Basisdokumente der SRO Polyreg] (Vorstand beschliesst über Aufnahme, Beschwerde des abgewiesenen Bewerbers an Schiedsgericht), § 38 Abs. 7 Statuten i.V.m. Art. 239 ZPO (Schiedsgericht entscheidet in analoger Anwendung der ZPO, Anspruch auf Urteilsbegründung). *Wahl der Schiedsrichter*: § 36 Polyreg-Statuten (Mitglied kann maximal zwei Schiedsrichter ohne Begründung von der Verlosung ausschliessen; muss auch für abgewiesene potentielle Mitglieder gelten).

<sup>153</sup> Art. 9 Abs. 2 OAD FCT-Statuten [Fn. 52, Regolamenti] (Comitato Direttivo entscheidet über Aufnahme), Art. 30 Statuten (Schiedsgericht zuständig für Beschwerden von Kandidaten über Entscheide des Comitato Direttivo, die sie direkt betreffen), Art. 14 Regolamento del Tribunale Arbitrale OAD FCT (Verfahren richtet sich nach dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit. *Hinweis*: Die Verweisung ist überholt und ist als Verweisung auf Art. 384 Abs. 1 lit. e ZPO zu lesen, die ihrerseits einen Anspruch auf Begründung des Schiedsspruches vorsieht. Siehe oben OAD FCT (Fn. 52), Regolamenti).

<sup>154</sup> Art. 28 OAD FCT-Statuten [Fn. 52, Regolamenti] (Schiedsrichter werden von der Generalversammlung gewählt).



die Überprüfung der Abweisung durch die FINMA und die daran anschließende Beschwerdemöglichkeit an das Bundesverwaltungsgericht nicht. Diese Beschwerdemöglichkeit stützt sich unmittelbar auf das FINMAG und das Verwaltungsverfahrensgesetz. Sie kann durch statutarische Bestimmungen eines Vereins – auch wenn er der Aufsicht der FINMA untersteht – nicht ausgehebelt werden.

[142] Wollte man den Rechtsschutz für abgewiesene Finanzintermediäre der Selbstregulierung zuweisen, so bedürfte es – gestützt auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage – der Einrichtung einer unabhängigen Beschwerdeinstanz, wie sie in Art. 9 BEHG vorgesehen ist. Die Einrichtung einer solchen Beschwerdeinstanz, bei der die FINMA die Organisationsstruktur, die Verfahrensvorschriften und die Ernennung der Mitglieder genehmigt und deren Entscheide anschliessend vor einem Zivilgericht angefochten werden können, rechtfertigt sich angesichts der geringen Zahl von potentiellen Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern nicht.