

Thomas Nagel

Per SMS Geld waschen? Mehrwertdienste und Geldwäschereigesetz

Besprechung der jüngsten Rechtsprechung

Kürzlich bestätigte das BGer im Urteil 2C_488/2018 das Urteil des BVerfG B-6225/2016: Die Abrechnung von Nachtzuschlägen des öffentlichen Verkehrs über die Handyrechnung des Kunden (sog. Mehrwertdienst) führt zu einer Anwendung des Geldwäschereigesetzes auf den Telekommunikationsanbieter. Der Entscheid wurde teilweise mit Unverständnis aufgenommen. Ist diese Reaktion gerechtfertigt? Der Autor fasst die wichtigsten Erwägungen der Urteile zusammen und unterzieht diese einer kritischen Würdigung. Dabei nimmt er u.a. Bezug auf die Regelungen der EU sowie des deutschen Rechts und bringt konkrete Vorschläge de lege ferenda vor.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Einziehung, Geldwäscherei, mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht, (Straf-)Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes (GwG), Kriminelle Organisation; Fernmeldewesen. Fernmeldenetze

Zitiervorschlag: Thomas Nagel, Per SMS Geld waschen? Mehrwertdienste und Geldwäschereigesetz, in: Jusletter 17. August 2020

Inhaltsübersicht

1. Sachverhalt
 - 1.1. Dienstleistung
 - 1.2. Prozessgeschichte
 - 1.3. Reaktionen und Auswirkungen
2. Materiellrechtliche Erwägungen
 - 2.1. Vorbemerkung
 - 2.2. Verhältnis von Fernmelderecht und Geldwäschereigesetz
 - 2.2.1. Allgemeines und Fragestellung
 - 2.2.2. Argumente der Beschwerdeführerin
 - 2.2.3. Erwägungen des BGer/des BVGer
 - 2.2.4. Würdigung
 - 2.2.5. Zwischenfazit
 - 2.3. Vorliegen einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr
 - 2.3.1. Allgemeines und Fragestellung
 - 2.3.2. Argumente der Beschwerdeführerin
 - 2.3.3. Erwägungen des BGer/des BVGer
 - 2.3.4. Würdigung
 - 2.3.5. Zwischenfazit
 - 2.4. Inkasso
 - 2.4.1. Allgemeines und Fragestellung
 - 2.4.2. Argumente der Beschwerdeführerin
 - 2.4.3. Erwägungen des BGer/des BVGer
 - 2.4.4. Würdigung
 - 2.4.5. Zwischenfazit
 - 2.5. Fehlende Geldwäschereifahr und Verhältnismässigkeit
 - 2.5.1. Allgemeines und Fragestellung
 - 2.5.2. Argumente der Beschwerdeführerin
 - 2.5.3. Erwägungen des BGer/des BVGer
 - 2.5.4. Würdigung
 - 2.5.5. Zwischenfazit
3. Schlussbemerkungen
 - 3.1. Gesamtbetrachtung und Denkanstösse
 - 3.2. Vorschlag de lege ferenda

1. Sachverhalt

1.1. Dienstleistung

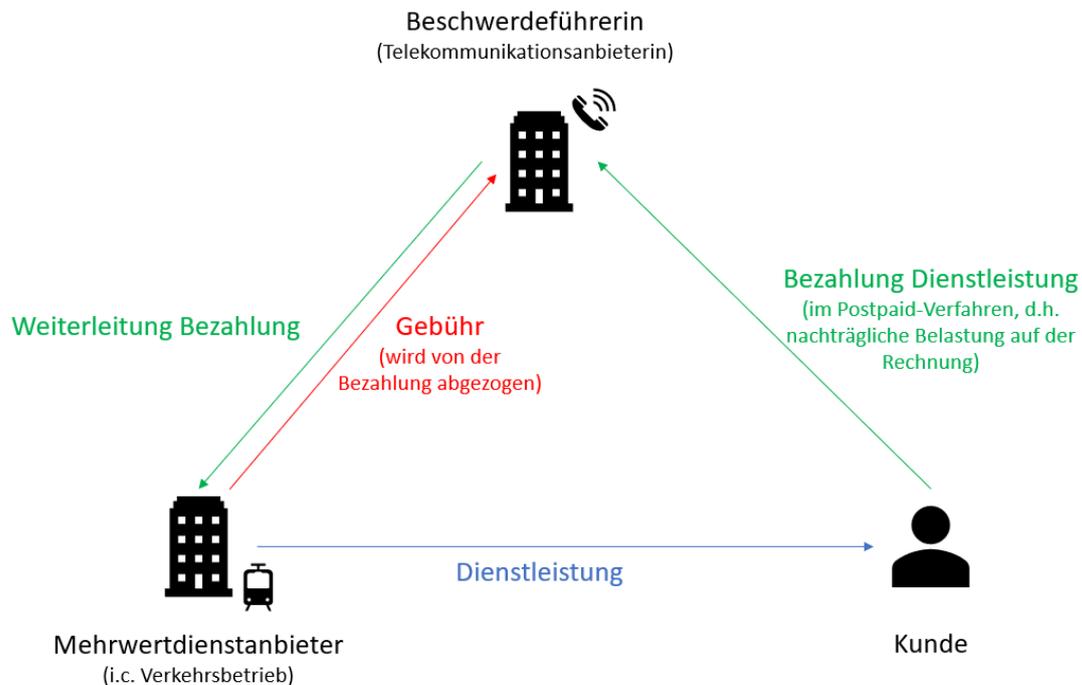
[1] Die Beschwerdeführerin (die Swisscom [Schweiz] AG¹) bietet ein Abrechnungsverfahren an, welches es Mehrwertdiensteanbietern ermöglicht, unter eigenem Namen mittels Zuweisung einer Kurznummer den Mobiltelefon-Kunden der Beschwerdeführerin Leistungen zu verrechnen (sog. Mehrwertdienste). Die Kunden der Beschwerdeführerin bezahlen den Preis der Mehrwertdiensteanbieter, indem ihnen der entsprechende Betrag durch die Beschwerdeführerin auf der nächsten Rechnung belastet wird (sog. *Postpaid*-Verfahren).² Die Beschwerdeführerin zieht eine

¹ Vgl. NZZ vom 28. Juli 2020, 1: «Swisscom sperrt Notfallnummern»; NZZ vom 8. Mai 2018, 34: «Per SMS noch schnell Geld waschen».

² Ausführlich: «Postpaid-Abrechnungsverfahren von *Mobile Value-Added Services*»; Vgl. Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 4.4.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

vertraglich mit dem jeweiligen Mehrwertdiensteanbieter vereinbarte Gebühr ab und überweist den Restbetrag an diesen.³

[2] Die Situation lässt sich grafisch wie folgt darstellen:



1.2. Prozessgeschichte

[3] Die Beschwerdeführerin war bis zum 27. April 2016 der Selbstregulierungsorganisation PolyReg⁴ angeschlossen. Sie wurde von PolyReg mittels eines Schreibens⁵ vom 8. August 2013 dazu verpflichtet, die zwischen der PolyReg, der Beschwerdeführerin und der FINMA umstritte-

³ Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, A.; Urteil des BGR 2C_488/2018 vom 12. März 2020, Sachverhalt, A.

⁴ PolyReg Allg. Selbstregulierungs-Verein, Zürich. PolyReg ist eine Selbstregulierungsorganisation i.S.v. Art. 24 GwG.

⁵ Im Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, A.c. steht, die PolyReg habe die Beschwerdeführerin «mittels Verfügung» verpflichtet, die Frage durch die FINMA klären zu lassen. Dies ist jedoch nicht korrekt – die Mitglieder stehen zu der Selbstregulierungsorganisation in einem privatrechtlichen Verhältnis (als Vereinsmitglieder), weshalb keine Verfügung im verwaltungsrechtlichen Sinne vorliegen kann. Obwohl je nach Form der Selbstregulierung ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegen könnte (insbesondere, wenn die Selbstregulierungsorganisation mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut wurde und Sanktionsbefugnisse erhält), kann hier m.E. keine Verfügungskompetenz angenommen werden. Treffender ist der Begriff «Schreiben» oder «Vereinsbeschluss». Vgl. zum Verhältnis zwischen Selbstregulierungsorganisation und deren Mitgliedern im Detail: PASCAL ZYSSET, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht: Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 282 ff. (=SSFM Bd. 124). Anders sieht die Rechtslage bspw. bei den per 1. Januar 2020 neu geschaffenen Registrierungsstellen i.S.v. Art. 31 FinfraG und den Aufsichtsorganisationen i.S.v. Art. 43a ff. FinfraG aus: Diese sind zwar privatrechtliche Organisationen, jedoch nach Gesetzeswortlaut ausdrücklich mit einer Verfügungskompetenz ausgestattet.

ne Frage der GwG⁶-Relevanz von Mehrwertdiensten mittels Feststellungsverfügung der FINMA abschliessend klären zu lassen.⁷ Die Beschwerdeführerin stellte daraufhin ein Gesuch um direkte FINMA-Unterstellung (sog. DUFI-Status⁸) und beantragte die Feststellung, dass die Abrechnung von Mehrwertdiensten für Nachtzuschlagstickets des Zürcher Verkehrsbundes (ZVV) per SMS dem GwG unterstehe (sic!⁹) sofern die Kosten per Post in Rechnung gestellt werden. Die FINMA bewilligte das DUFI-Gesuch und stellte fest, dass die nachträgliche Abrechnung der Kosten über die Mobilfunkrechnung der ZVV-Kunden dem GwG unterstehe.¹⁰ Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin¹¹ Beschwerde beim BVGer. Dieses wies die Beschwerde mit Urteil vom 17. April 2018 ab. Auch gegen das Urteil des BVGer erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde. Das BGer schützte das Urteil der Vorinstanz und wies die Beschwerde mit Urteil vom 12. März 2020 ab.¹²

1.3. Reaktionen und Auswirkungen

[4] Die beiden Urteile wurden sowohl von der breiten Öffentlichkeit als auch von Experten im Bereich Geldwäschereirecht mit Verwunderung aufgenommen.¹³ Dies ist grundsätzlich nachvollziehbar: Inwiefern soll mit einem System, mit dem pro SMS ein Betrag von CHF 5.00 abgerechnet wird, Geld gewaschen werden? Für Geldwäscherei kämen andere, weit weniger komplizierte Methoden in Betracht.

[5] Nach der Fällung des Urteils durch das Bundesgericht hat die Beschwerdeführerin entschieden, jegliche Mehrwertdienste-Nummern (u.a. 0900-er Nummern) für Grosskunden sowie für Privatkunden mit einem jährlichen Mehrwertdienste-Volumen von über CHF 5'000.00¹⁴ per Ende Juni 2020 abzuschalten.¹⁵ Davon sind Handy-Abonnemente betroffen, deren Verträge über den Arbeit-

⁶ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997; SR 955.0.

⁷ Es handelt sich hierbei um eine sog. Unterstellungs- bzw. Nichtunterstellungsverfügung, welche auch als «FINMA-Ruling» bezeichnet wird. Auf dieses Verfahren ist Art. 25 VwVG anwendbar. Vgl. hierzu im Detail: WERNER DE CAPITANI, in: Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2002, § 8/Art. 2 GwG N 175; PASCAL ZYSSET/THOMAS NAGEL, Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, GesKR 2018, 140–155, 148 und dort FN 80.

⁸ DUFI steht für «direkt unterstellter Finanzintermediär», vgl. Art. 14 aGwG. Der DUFI-Status wurde mit Einführung von FINIG/FIDLEG per 1. Januar 2020 abgeschafft.

⁹ Die Beschwerdeführerin hat offenbar die Feststellung beantragt, dass das Geschäftsmodell dem GwG unterstehe (statt die Feststellung, dies sei *nicht* der Fall): Vgl. Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, A.d; Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, Sachverhalt, A. Dies führte zur Frage, ob der Beschwerdeführerin das Rechtsschutzinteresse, das eine Eintretensvoraussetzung darstellt, fehle. Es wurde auch diskutiert, ob sie sich entgegen dem Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben verhalten habe: Vgl. Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, G. sowie E. 1.2 f. Das BVGer bejahte das Rechtsschutzinteresse und verneinte eine Verletzung von Treu und Glauben mit Verweisung auf die Äusserungen der Beschwerdeführerin, die Feststellungsverfügung sei für sie Mittel zum Zweck gewesen und sie habe die GwG-Unterstellung stets bestritten: Vgl. a.a.O., E. 1.3.

¹⁰ Zu den Gründen siehe sogleich hinten, Rz.7 ff.

¹¹ Die FINMA war bei beiden Verfahren Beschwerdegegnerin.

¹² Vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, A.; Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, Sachverhalt, A.

¹³ NZZ vom 8. Mai 2018 (FN 1), 34: «[Es w]urde (...) ein Urteil gegen Swisscom gefällt, das etwas verdutzt. (...) Die wenigsten würden wohl die Fahrt mit dem Nachtbus als ein probates Mittel sehen, um Gelder zu waschen.»

¹⁴ Siehe zu diesem Schwellenwert ausführlich hinten, Rz. 19.

¹⁵ Vgl. Kundenmitteilung der Swisscom: <https://www.swisscom.ch/de/business/gwg.html>, zuletzt besucht am 31. Juli 2020. Die Verwunderung und das teilweise grosse Unverständnis lassen sich auch zahlreichen Kommenta-

geber laufen und bei denen die Arbeitnehmer das Handy auch zu privaten Zwecken verwenden dürfen.¹⁶ Nicht von der Sperrung betroffen sind hingegen Privatkunden mit einem Mehrwertdienste-Volumen von unter CHF 5'000.01 jährlich, d.h. «gewöhnliche» Privatpersonen können weiterhin Nachtzuschläge per SMS bezahlen und auch andere Mehrwertdienste in Anspruch nehmen.¹⁷ Zu den Nutzern von Mehrwertdienste-Nummern gehören u.a. wichtige Dienstleister wie Notfalldienste von Spitälern. Weiter dürften *Non-Profit*-Organisationen betroffen sein, denen per SMS Geld gespendet werden kann.¹⁸ Andere Branchen wie Sex-Hotlines, Lebensberatung oder Esoterik bieten Dienstleistungen über Mehrwertdienste-Nummern an. Salt und Sunrise unterhalten momentan¹⁹ weiterhin uneingeschränkt solche Mehrwertdienste, bestätigen jedoch gegenüber der NZZ, schon bald eine ähnliche Sperre wie die Swisscom einzuführen.²⁰ Die Swisscom begründet ihren Entscheid damit, dass es «aktuell keine Alternative zur Sperrung der Mehrwertdienste» gebe.²¹

[6] Die Urteile betreffen somit nicht nur das Nachtzuschlags-Modell der Verkehrsbetriebe, sondern eine grosse Zahl von Unternehmen, welche als Kunden der Telekommunikationsunternehmen ihre Dienstleistungen über Mehrwertdienste verrechnen und haben damit durchaus weitgehende Konsequenzen. So kann bspw. an Snackautomaten des Unternehmens «Selecta AG» per SMS bezahlt werden – auch das Kaufen von Eistee oder Schokoriegeln löst entsprechend GwG-Pflichten der Telekommunikationsanbieter aus.²² Unklar ist m.E. ausserdem, ob durch diese Urteile Onlinehändler, welche Produkte von Dritten in ihren Online-Shops anbieten und die Bezahlung der Kunden im Anschluss (teilweise) an diese Dritten weiterleiten (bspw. Amazon, Galaxus oder Brack), ebenfalls als Finanzintermediäre zu qualifizieren wären.

2. Materielle rechtliche Erwägungen

2.1. Vorbemerkung

[7] Nachfolgend wird auf die wichtigsten Erwägungen der Urteile des BVGer und des BGer mit Bezug zum GwG eingegangen. Da das BGer das Urteil des BVGer geschützt hat, werden wo immer

ren in den *Online*-Medien entnehmen (die Bezeichnung «welfremd» ist dabei noch eine vergleichsweise harmlose Bemerkung).

¹⁶ NZZ vom 28. Juli 2020 (FN 1), 1.

¹⁷ In den Medien wurde teilweise der Eindruck erweckt, die Beschwerdeführerin streiche alle Mehrwertdienste für alle Kunden. Dies ist jedoch nicht korrekt.

¹⁸ NZZ vom 28. Juli 2020 (FN 1), 1.

¹⁹ Stand: 31. Juli 2020.

²⁰ NZZ vom 28. Juli 2020 (FN 1), 1.

²¹ Vgl. zum Ganzen SRF Espresso vom 25. Juni 2020: «Swisscom sperrt 0900er-Nummern für Geschäftskunden». Ob es tatsächlich keine Alternative zur Abschaltung der Mehrwertdienste gibt, ist schwierig zu beurteilen. Offenbar sind der Beschwerdeführerin die Kosten für die Anpassung ihrer IT-Systeme zu hoch, welche gemäss ihren eigenen Angaben auf über CHF 1 Mio. geschätzt werden: Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, Sachverhalt, C. Problematisch dürfte ebenso sein, dass die Beschwerdeführerin (und auch alle anderen Anbieter auf dem Markt) zwar beim Verkauf von SIM-Karten eine Passkopie des Kunden erstellen müssen, damit jedoch noch keine Erfüllung der GwG-Pflichten sichergestellt ist. Zur Einhaltung der GwG-Pflichten müsste die Ausweiskopie mit einer Echtheitsbestätigung versehen werden und die Identität müsste in regelmässigen Abständen durch die Beschwerdeführerin überprüft werden, was schwer durchführbar wäre und zusätzliche Kosten auslösen würde.

²² Dass auch der Kauf von Waren für einige Franken per Mehrwertdienst unter das GwG fallen soll, kann mit Blick auf die Bestimmungen zu den Güterhändlern keinesfalls der Wille des Gesetzgebers sein. Vgl. zu den Güterhändlern hinten, Rz. 56.

möglich die übereinstimmenden Erwägungen der beiden Instanzen zusammengefasst. Auf prozessuale Ausführungen²³ wird vorliegend verzichtet. Andere materiellrechtliche Themen, welche keinen direkten Bezug zur Frage nach der GwG-Unterstellung des Geschäftsmodells aufweisen, werden ebenfalls nicht behandelt. Dies betrifft u.a. die Frage zur aufschiebenden Wirkung der Beschwerde,²⁴ die Frage nach dem zeitlichen Geltungsbereich des Rechts²⁵ sowie die Frage nach der Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin gegenüber ihren Konkurrentinnen.²⁶ Ebensovienig wird die vor BGer vorgebrachte Rüge thematisiert, es liege eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV²⁷ vor.²⁸

[8] Gewisse Punkte waren zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin nicht umstritten. Beide Parteien waren sich einig, dass es sich bei der fraglichen Dienstleistung der Beschwerdeführerin um eine nicht-akzessorische Tätigkeit handelt. Die entsprechende Ausnahme der GwV²⁹ kommt deshalb im vorliegenden Fall gemäss übereinstimmender Ansicht der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin nicht zur Anwendung.³⁰

2.2. Verhältnis von Fernmelderecht und Geldwäschereigesetz

2.2.1. Allgemeines und Fragestellung

[9] Das FMG³¹ verwendet den Begriff «Mehrwertdienst» mehrfach, ohne diesen zu definieren. Es finden sich jedoch detaillierte Vorgaben zu den Mehrwertdiensten und deren Abrechnung.³² Die Definition eines Mehrwertdienstes ist auf Verordnungsebene enthalten: Art. 1 lit. c FDV³³ definiert diesen als Dienstleistung, die über einen Fernmeldedienst erbracht und von einer Fernmel-

²³ Umstritten waren bspw. die Erfüllung der Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf eine Ziffer der angefochtenen Verfügung der FINMA (vgl. Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 1.5), der Erlass vorsorglicher Massnahmen (vgl. a.a.O., Sachverhalt, J.) sowie die Erweiterung des Streitgegenstandes (vgl. a.a.O., E. 1.4.).

²⁴ Vgl. Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B. sowie E. 2; Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, Sachverhalt, C.

²⁵ Umstritten war, ob die Bestimmungen der GwV oder der aVBF zur Anwendung kommen sollen: Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 3.1.

²⁶ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.2.3.

²⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101.

²⁸ Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 5.2 (die Rüge der Unzulässigkeit des Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit wurde aufgrund von Art. 190 BV als unbegründet abgewiesen; die gesetzliche Grundlage von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG wurde vom BGer als genügend konkrete formell-gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff betrachtet). An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Konkretisierung des Geltungsbereichs eines Gesetzes auf Verordnungsebene aus rechtsstaatlicher Perspektive als heikel betrachtet werden kann, da es sich hierbei m.E. um eine wichtige Materie handelt, die grundsätzlich in einem Gesetz im formellen Sinn zu verankern wäre. Da den Behörden in der Anwendung des GwG ein technisches Ermessen zukommt, wird das Abstellen auf Verordnungen oder Rundschreiben in diesem Regelungsbereich wohl kaum je von einem Gericht als unzulässig erachtet werden. Vgl. in diesem Sinne bereits ZYSSET/NAGEL (FN 7), 144 sowie allgemein zur Problematik THOMAS NAGEL, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Diss. Bern 2019, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 884 (=SSFM Bd. 132).

²⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 GwV (=Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung [Geldwäschereiverordnung] vom 11. November 2015; SR 955.01). Vgl. hierzu konkretisierend FINMA-RS 2011/1, «Tätigkeit als Finanzintermediär» vom 20. Oktober 2010, zuletzt geändert am 26. Oktober 2016, Rz. 13 ff.

³⁰ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 7. Im Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020 wurde die Frage der Akzessorietät deshalb nicht mehr abgehandelt.

³¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997; SR 784.10.

³² Art. 1 Abs. 2 lit. d, Art. 12b und Art. 12c FMG.

³³ Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007; SR 784.101.1.

dedienstanbieterin zusätzlich zu Fernmeldediensten in Rechnung gestellt wird. In der Botschaft zum FMG ist festgehalten, dass Mehrwertdienste i.d.R. mittels fernmeldetechnischer Übertragung abgerufen und per Telefonrechnung bezahlt werden.³⁴

2.2.2. Argumente der Beschwerdeführerin

[10] Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Regelungen des Fernmelderechts (u.a. des FMG) seien bei der Auslegung der Bestimmungen des GwG nicht genügend berücksichtigt worden.³⁵ Das von der Beschwerdeführerin angewandte Abrechnungsmodell habe keine eigenständige Bedeutung, sondern sei eine administrativ-technisch notwendige Massnahme des Fernmelderechts, um dieses «Inkassomodell» überhaupt anbieten zu können.³⁶

2.2.3. Erwägungen des BGer/des BVGer

[11] Das BVGer weist darauf hin, dass das GwG und das FMG unterschiedliche Zwecke und Stossrichtungen aufwiesen, weshalb die Gesetze kumulativ anzuwenden seien. Zwar beinhalte das Fernmelderecht eine Definition von Mehrwertdiensten³⁷ und Vorschriften, wie ein Mehrwertdienst technisch ausgestaltet werden müsse, daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass eine Tätigkeit vorliege, die vom GwG ausgenommen sei.³⁸

2.2.4. Würdigung

[12] Vom GwG werden u.a. Finanzintermediäre erfasst.³⁹ Finanzintermediäre sind einerseits die in Art. 2 Abs. 2 GwG genannten Personen,⁴⁰ andererseits gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen respektive zu übertragen.⁴¹

[13] Da sich das BVGer und das BGer nicht vertieft mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandersetzen und dem Autor die Beschwerdeschrift nicht vorliegt, ist eine vertiefte Analyse des Themas nicht möglich. Aus der Tatsache, dass ein Gesetz bestimmte Vorgänge vorschreibt, damit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt werden kann, kann gemäss der hier vertretenen Ansicht nicht abgeleitet werden, dass diese Tätigkeit vom GwG ausgenommen ist bzw. allgemein bewilligungsfrei und ohne Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation ausgeübt werden kann. Wird dieses Argument auf andere Sachverhalte übertragen, wird dies offensichtlich: Es

³⁴ Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 7951 ff., 7972.

³⁵ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B. und E. 4.

³⁶ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B.

³⁷ Art. 1 lit. c FDV.

³⁸ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 4. Das BGer beschloss, nicht auf die weiteren, angeblich «an der Sache vorbeigehenden Vorbringen (...) zum Fernmelderecht» einzugehen: Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 5.4.

³⁹ Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG.

⁴⁰ Gemäss hier vertretener Ansicht als Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht zu bezeichnen, vgl. bereits NAGEL (FN 28), Rz. 190.

⁴¹ Gemäss hier vertretener Ansicht als Finanzintermediäre unter der Aufsicht von Selbstregulierungsorganisationen zu bezeichnen, vgl. bereits NAGEL (FN 28), Rz. 190.

könnte bspw. vorgebracht werden, für eine Tätigkeit als Bank sei gemäss BankG⁴² die Entgegennahme von Publikumsgeldern oder die Refinanzierung bei anderen Banken zum Zweck der Finanzierung einer unbestimmten Zahl von Personen vorausgesetzt, weshalb eine solche Tätigkeit nicht dem GwG unterstehen könne. Diese Aussage ist jedoch nicht korrekt: BankG und GwG werden kumulativ angewendet, da sie unterschiedliche Zwecke verfolgen.⁴³

[14] Aus der Perspektive des Geldwäschereirechts kommt es stets darauf an, ob die typischen Elemente einer Tätigkeit als Finanzintermediär i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG vorliegen und ob ggf. eine im GwG bzw. in einer dieser konkretisierenden Verordnungen eine Ausnahme zum Tragen kommt. Sind die Elemente der generalklauselartigen Umschreibung einer finanzintermediären Tätigkeit erfüllt und ist keine Ausnahme anwendbar, so erfolgt grundsätzlich eine Unterstellung unter das GwG.⁴⁴ In Art. 2 Abs. 2 lit. a–f GwG knüpft das GwG an diverse Spezialgesetze an – enthalten diese Spezialgesetze eine Ausnahme, so gilt diese auch für die Bestimmung des Geltungsbereichs des GwG. Dies ist jedoch in den vorliegend besprochenen Urteilen nicht der Fall: Es geht ausschliesslich um die Qualifikation als Zahlungssystem nach Art. 2 Abs. 3 (lit. b) GwG.

2.2.5. Zwischenfazit

[15] Bezüglich des Verhältnisses von Fernmelderecht und Geldwäschereirecht ist den Urteilen zuzustimmen: Das FMG und das GwG können durchaus kumulativ zur Anwendung gelangen.

2.3. Vorliegen einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr

2.3.1. Allgemeines und Fragestellung

[16] Wie bereits ausgeführt wurde, gelten gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG Personen, die berufsmässig helfen, fremde Vermögenswerte zu übertragen, als Finanzintermediäre. Hierzu gehören gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, namentlich für Dritte elektronische Überweisungen vornehmen oder Zahlungsmittel wie Kreditkarten und Reiseschecks ausgeben oder verwalten.⁴⁵

[17] Gemäss FINMA-Praxis ist das Betreiben eines Zahlungssystems dem GwG unterstellt, wenn der Betreiber nicht mit den Benutzern des Zahlungssystems identisch ist. Darunter fallen Systeme, die das Zugreifen auf ein gespeichertes Guthaben (z.B. Debitkarten) oder das Speichern einer Schuld, welche anschliessend vom Betreiber des Zahlungssystems in Rechnung gestellt wird (z.B. Kreditkarten), ermöglichen.⁴⁶

⁴² Vgl. Art. 1a lit. a BankG.

⁴³ Vgl. Art. 1 GwG: Zweck ist die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Das BankG bezweckt gemäss Rechtsprechung und Lehre den Gläubigerschutz (BGE 121 II 147 E. 3a S. 149; BGE 116 Ib 193 E. 2d S. 197) und den Funktionsschutz: Vgl. RASHID BAHAR/ERIC STUPP, in: Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl. Basel 2013, Art. 1 N 1.

⁴⁴ SIMON SCHÄREN, in: Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017, Art. 2 N 9.

⁴⁵ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 3.1.

⁴⁶ FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 65.

[18] Fraglich war in den vorliegenden Urteilen, ob der von der Beschwerdeführerin angebotene Mehrwertdienst als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr zu qualifizieren ist und deshalb in den sachlichen Geltungsbereich des GwG fällt.

[19] Anbieter von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr müssen grundsätzlich alle GwG-Pflichten einhalten. Die Sorgfaltspflichten (Art. 7–8 GwG) müssen demgegenüber gemäss Art. 7a GwG bloss in eingeschränktem Umfang⁴⁷ berücksichtigt werden, sofern die Geschäftsbeziehung Vermögenswerte von geringem Wert betrifft und keine Verdachtsmomente für mögliche Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung vorliegen. Diese Gesetzesbestimmung wird mittels Schwellenwerten in Art. 11 GwV-FINMA⁴⁸ konkretisiert.⁴⁹ Für den vorliegenden Fall könnte Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA einschlägig sein, der auf Anbieter elektronischer Zahlungsmittel anwendbar ist: Dieser besagt, dass die Sorgfaltspflichten nur eingeschränkt eingehalten werden müssen, wenn nicht mehr als CHF 1'000.00 pro Transaktion und CHF 5'000.00 pro Kalenderjahr und Vertragspartei bezahlt werden, allfällige Rückzahlungen des Zahlungsmittels nur zugunsten von Konten bei in der Schweiz bewilligten oder im Ausland gleichwertig beaufsichtigten Banken und lautend auf den Namen der Vertragspartei stattfinden und pro Rückzahlung nur ein Betrag von maximal CHF 1'000.00 bezahlt wird.

2.3.2. Argumente der Beschwerdeführerin

[20] Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass es seit Inkrafttreten des FinfraG⁵⁰ kein Zahlungssystem i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG mehr gebe (m.a.W. bringt sie m.E. vor, dass dieser Bestimmung keine Auffangfunktion mehr zukomme, da Zahlungssysteme neu abschliessend im FinfraG definiert würden).⁵¹

[21] Ausserdem argumentiert die Beschwerdeführerin, sie betreibe kein Zahlungssystem i.S.d. Geldwäschereirechts. Die Speicherung einer Schuld habe als wesentliches Element eines Zahlungssystems keine eigenständige Bedeutung im vorliegenden Fall, sondern stelle eine notwendige Massnahme dar, um das im Fernmelderecht vorgesehene «Inkassomodell» überhaupt betreiben zu können.

[22] Die Beschwerdeführerin bringt vor Bundesgericht erstmals vor, dass sie die Unterstellungspflicht für das *Postpaid*-Abrechnungsverfahren von Anfang an bestritten habe und sich deshalb geweigert habe, die hohen Kosten für die Anpassung der IT-Systeme vor einem rechtskräftigen Unterstellungsentscheid so vorzunehmen, dass sie unter die Ausnahme von Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA falle⁵² und somit zumindest die Sorgfaltspflichten nur in einem beschränkten Umfang einzuhalten hätte. Sie behauptet indessen nicht, unter diese Ausnahme zu fallen.

⁴⁷ Art. 7a GwG beinhaltet zwar die Formulierung, auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten könne verzichtet werden, dies würde jedoch den GAFI-Empfehlungen widersprechen und ist aus diesem Grund unzulässig: Vgl. SHK GwG-Jurzi (FN 44), Art. 7a N 27.

⁴⁸ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA) vom 3. Juni 2015; SR 955.033.0.

⁴⁹ Art. 11 Abs. 1 lit. a–d GwV-FINMA. Neben der in diesem Beitrag abgehandelten Ausnahme für Anbieter elektronischer Zahlungsmittel (lit. a) bestehen Ausnahmen für Güterhändler (lit. b), Anbieter von Warenhauskarten (lit. c) sowie Anbieter von Finanzierungsleasing (lit. d). Vgl. hierzu im Detail: SHK GwG-Jurzi (FN 46), Art. 7a N 15 ff.

⁵⁰ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz) vom 19. Juni 2015; SR 958.1.

⁵¹ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B.

⁵² Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, Sachverhalt, C.

2.3.3. Erwägungen des BGer/des BVGer

[23] Das BVGer erinnert zunächst daran, dass die von der FINMA erlassenen Rundschreiben zwar keine für Private verbindliche Normen darstellen (es handelt sich um Verwaltungsverordnungen⁵³), dass sie jedoch durch die Gerichte bei ihren Entscheiden mitberücksichtigt werden sollen, sofern sie eine dem jeweiligen Einzelfall angepasste und gerechte Auslegung der gesetzlichen Normen ermöglichen.⁵⁴ Diese Voraussetzungen seien vorliegend gegeben, weshalb das FINMA-RS 2011/1 zur Auslegung der gesetzlichen Normen beigezogen werden könne.⁵⁵

[24] Das BVGer und das BGer erwägen, dass auch Zahlungssysteme unter das GwG fielen, welche nicht über eine Bewilligung der FINMA als Zahlungssystem i.S.d. FinfraG verfügen. Hierzu wird auf den Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 FinfraG verwiesen, der den Begriff Zahlungssystem nicht auf diejenigen Anbieter beschränkt, welche eine Bewilligung der FINMA nach FinfraG benötigen.⁵⁶

[25] Das im vorliegenden Fall zu beurteilende Geschäftsmodell stellt gemäss BVGer und BGer ein Speichern einer Schuld dar, wie dies im FINMA-RS 2011/1 umschrieben wird. Es handle sich um ein Dreiparteienverhältnis, bei dem die Beschwerdeführerin die gespeicherte Schuld der Kunden aus dem Kauf des Nachtzuschlagstickets per SMS diesen zu einem späteren Zeitpunkt in Rechnung stelle und den Betrag anschliessend an den Mehrwertdienstanbieter überweise. Hierfür sei die Art der Berechnung sowie die Notwendigkeit der Speicherung der Schuld wie im Fernmelderecht vorgesehen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin als Zahlungssystem einzustufen.⁵⁷

2.3.4. Würdigung

[26] Das Verhältnis zwischen den Begriffen «Zahlungssystem» i.S.d. FinfraG bzw. «Dienstleistung für den Zahlungsverkehr», «Ausgabe von Zahlungsmitteln» und «Betreiben eines Zahlungssystems» i.S.d. GwG war tatsächlich unklar, als das FinfraG per. 1. Januar 2016 in Kraft getreten ist. Mittlerweile ist jedoch gängige Praxis, dass diese Begriffe nicht deckungsgleich verstanden werden: Während Zahlungssysteme nach FinfraG einer Bewilligung der FINMA bedürfen, da dies die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts oder der Schutz der Finanzmarktteilnehmer erfordern,⁵⁸ ist die Stossrichtung des GwG eine andere. Es wird ausschliesslich darauf abgestellt, dass

⁵³ Seit 1. Februar 2020 ist dies ausdrücklich festgehalten in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 13. Dezember 2019 (Stand am 1. Februar 2020); SR 956.11. Zur Rechtsnatur von FINMA-RS als Verwaltungsverordnungen: PETER V. KUNZ, Finanzmarktregulierung, Basel 2016, Rz. 231; ZYSSET (FN 5), Rz. 86, je m.w.H. Zu Verwaltungsverordnungen im Allgemeinen siehe detailliert: FELIX UHLMANN/IRIS BINDER, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmarie, LeGes 2009, 115–173, *passim*.

⁵⁴ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 3.2. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGer und des BVGer: BGE 121 II 473 E. 2.b. S. 478; Urteil des BVGer B-2091/2014 vom 23. März 2015, E. 4.2 (bestätigt durch Urteil des BGer 2C_345/2015 vom 24. November 2015). Das BGer zieht ebenfalls das FINMA-RS 2011/1 (FN 29) bei, um den vorliegenden Sachverhalt juristisch zu beurteilen: Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 4.1.

⁵⁵ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 3.2 a.E.

⁵⁶ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.2.1.; bestätigt in Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 3.3.

⁵⁷ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.1; auch das BGer stuft das Anbieten eines Mehrwertdienstes als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr ein: Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 5.1.

⁵⁸ Die Ziele der Aufsicht sind somit nicht nur der Funktionsschutz, die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, sondern v.a. der Anlegerschutz. Vgl. hierzu statt vieler: CHRISTOPH WINZELER, in: Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl. Basel 2019, Art. 4 N 1 m.w.H.

Betreiber und Benutzer des Zahlungssystems nicht identisch sind und somit ein Dreiparteienverhältnis vorliegt,⁵⁹ woraus ein Geldwäschereirisiko resultiert. Der Begriff des Zahlungssystems nach FinfraG (erfasst durch Art. 2 Abs. 2 lit. d^{ter} GwG) ist m.a.W. *lex specialis* zum Begriff der Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG.⁶⁰ Dem von der Beschwerdeführerin angeführten Argument, abgesehen von den unter Art. 4 Abs. 2 FinfraG fallenden Zahlungssystemen fielen keine weiteren Zahlungssysteme unter das GwG, ist somit zu Recht nicht Folge gegeben worden.

[27] Im Übrigen erfüllt das Mehrwertdienste-Modell der Beschwerdeführerin alle Elemente eines Zahlungssystems i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. b GwV und der FINMA-Praxis: Es liegt ein Dreiparteienverhältnis vor (Betreiber des Zahlungssystem und Benutzer sind nicht identisch) und es wird eine Schuld gespeichert, welche anschliessend den Kunden in Rechnung gestellt wird.⁶¹

[28] Die Nichtanwendbarkeit der Erleichterung von Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA ist offensichtlich: Zwar werden nicht mehr als CHF 1'000.00 pro Transaktion bezahlt, für die meisten Mehrwertdiensteanbieter dürfte jedoch die Schwelle von CHF 5'000.00 pro Kalenderjahr ohne Weiteres um ein Mehrfaches überschritten werden.⁶² Gleiches gilt, wenn auf Seite des Kunden keine Privatperson, sondern ein Unternehmen steht, das dutzende, hunderte oder gar tausende von Handynummern für seine Angestellten verwaltet. Da die Beschwerdeführerin unbestritten massen mit den Mehrwertdiensteanbietern Verträge abgeschlossen hat (umstritten ist, ob sie auch Verträge über Zahlungsdienste mit den Kunden hat)⁶³, ist der Schwellenwert auf jeden Fall überschritten. Dieser Punkt wäre anders zu beurteilen, wenn der Schwellenwert an die Summe anknüpfen würde, welche den individuellen Kunden (d.h. den Benutzern des Mehrwertdienstes) in Rechnung gestellt wird – dies ist jedoch nicht der Fall: Die Ausnahme der GwV-FINMA knüpft die Berechnung der Schwelle generell an die «Vertragspartei».

2.3.5. Zwischenfazit

[29] Das vorliegend zu beurteilende Geschäftsmodell wurde von den Gerichten m.E. zu Recht als Zahlungssystem i.S.d. GwG bzw. der GwV beurteilt.

2.4. Inkasso

2.4.1. Allgemeines und Fragestellung

[30] Die Tätigkeit als Inkassodienstleister wird gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV nicht vom Geltungsbereich des GwG erfasst. Ein Inkasso zeichnet sich gemäss FINMA-Praxis dadurch aus, dass ein Beauftragter im Auftrag eines Gläubigers fällige Forderungen einzieht. Dieser Beauftragte handelt entweder als direkter Stellvertreter des Gläubigers oder tritt gegenüber dem Schuldner

⁵⁹ FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 65.

⁶⁰ SHK GwG-SCHÄREN (FN 46), Art. 2 N 48 a.E.

⁶¹ Vgl. FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 65.

⁶² Die fehlende Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA wurde von der Beschwerdeführerin somit zu Recht nicht bestritten: Urteil des BGER 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 2.2.2.

⁶³ Vgl. hierzu sogleich hinten, Rz. 30 ff.

in seinem eigenen Namen auf (hierfür ist eine treuhänderische Zession der Forderung des Gläubigers an den Beauftragten vonnöten). *Ratio legis* für die Ausnahme für Inkassodienstleistungen ist, dass das GwG daran anknüpft, dass zwischen einem Finanzintermediär und der Person, welche ihm bspw. Vermögenswerte überträgt, i.d.R. ein Vertrag besteht. Da bei Inkassodienstleistungen der Schuldner keinen Vertrag mit dem Inkassodienstleister hat, kann eine Identifizierung (sowie die Einhaltung von weiteren GwG-Pflichten) nur schwer oder gar nicht erfolgen.⁶⁴ Ein Inkasso kann auch vorliegen, wenn das Inkassodienstleistungsunternehmen sowohl zum Gläubiger als auch zum Schuldner Vertragsbeziehungen unterhält. Entscheidend für die GwG-Qualifikation ist, in wessen Auftrag die Überweisung bzw. Weiterleitung von Vermögenswerten vorgenommen wird – typisch für eine Inkassodienstleistung ist hierbei, dass der Auftraggeber (d.h. der Gläubiger) den Beauftragten (d.h. das Inkassounternehmen) entschädigt.⁶⁵ Ein Inkassodienst kann ebenso vorliegen, wenn der Beauftragte innerhalb eines geschlossenen Kreises von Waren- oder Dienstleistungserbringern agiert und nicht in der Eigenschaft einer selbstständigen zwischengeschalteten Person handelt.⁶⁶

[31] Vorliegend war umstritten, ob der durch die Beschwerdeführerin angebotene Mehrwertdienst eine Tätigkeit als Inkassodienstleister darstellt. Wäre dies der Fall, so würde die Beschwerdeführerin unter die Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV fallen und wäre folglich nicht dem GwG unterstellt.

2.4.2. Argumente der Beschwerdeführerin

[32] Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass es sich bei der von ihr angebotenen Dienstleistung um ein Inkasso handle. Sie habe keinen Vertrag mit ihren Kunden über die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen, sondern es bestehe eine Vereinbarung über das Inkasso mit dem ZVV als Mehrwertdienstanbieter. In den AGB mit den Kunden sei zwar auch eine Klausel über dieses Inkasso enthalten. Dieses Inkassomodell werde in den AGB mit den Kunden jedoch lediglich transparent gemacht, um unter anderem die Daten der Kunden an den Mehrwertdienstleister weitergeben zu können. Die Kunden würden nicht wie ein Auftraggeber selber für die Dienstleistung zahlen – aus der Wahlmöglichkeit der Kunden zwischen verschiedenen Zahlungsmethoden würde sich nicht ohne Weiteres ein separater zivilrechtlicher Zahlungsauftrag ergeben.⁶⁷

[33] Selbst wenn ein Vertrag zwischen den Kunden und der Beschwerdeführerin angenommen würde, so würde immer noch ein bewilligungsfreies Inkasso vorliegen.⁶⁸ Die fernmelderechtliche Konzeption von Mehrwertdiensten (welche eine technische Notwendigkeit darstelle⁶⁹), die ausserdem vom Mehrwertdienstleister (vorliegend der ZVV) und nicht vom Kunden entschädigt werde,⁷⁰ spreche für eine Inkassotätigkeit.⁷¹

⁶⁴ Vgl. zum Ganzen FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 8.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 9.

⁶⁶ Die Aufgabe des Beauftragten ist in diesem Fall die Gewährleistung des guten Ablaufs und die Vereinfachung der Bezahlung an den Warenlieferanten bzw. an den Dienstleistungsanbieter. Vgl. FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 10 f. mit Verweisung auf das Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007 (vgl. hierzu sogleich hinten, Rz. 36.

⁶⁷ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B. sowie E. 6.1.

⁶⁸ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B.

⁶⁹ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B.

⁷⁰ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.3.

⁷¹ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1 a.E.

[34] Die Beschwerdeführerin verwies auf ein Urteil des Bundesgerichts (Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007), in dem eine Genossenschaft sämtliche Zahlungen an Lieferanten aller Genossenschaftsmitglieder übernahm und diese Tätigkeit vom Bundesgericht als nicht dem GwG unterstehend qualifiziert wurde.⁷²

2.4.3. Erwägungen des BGer/des BVGer

[35] Das BVGer führt aus, dass die technische Notwendigkeit der Speicherung einer Schuld die vorliegend zu beurteilende Tätigkeit nicht «automatisch» zu einer Inkassotätigkeit mache.⁷³ Mehrwertdienste seien als Mehrparteienverhältnisse anzusehen und als Innominatskontrakte zu qualifizieren.⁷⁴ Aus den fernmelderechtlichen Vorgaben könne nicht geschlossen werden, dass zwischen der Beschwerdeführerin und dem Kunden hinsichtlich der Mehrwertdienste und deren Abrechnung keine vertraglichen Beziehungen bestehen könnten. Im Gegensatz zu einem Inkasso, bei dem der Gläubiger auch ohne Beteiligung des Inkassounternehmens die Forderung beim Schuldner eintreiben könne, sei die Beteiligung einer Fernmeldedienstanbieterin wie der Beschwerdeführerin notwendig, um die Mehrwertdienste überhaupt anbieten zu können. Die vorliegend zu beurteilende Dienstleistung gehe über eine Inkassodienstleistung hinaus.⁷⁵ Die Beschwerdeführerin lasse sich nicht – wie bei einem Inkasso üblich⁷⁶ – Forderungen abtreten und handle ebensowenig als direkte Stellvertreterin des Gläubigers. Die Beschwerdeführerin verpflichte sich gegenüber den Kunden zu einer Abrechnungsdienstleistung und werbe damit, dass «Mobiles Zahlen» des Nachzuschlags möglich sei. Im Gegensatz zum Inkasso könne der Kunde als Schuldner selbst entscheiden, ob er die Dienstleistung (welche wörtlich als solche in der monatlichen Handyrechnung des Kunden erscheine) in Anspruch nehmen möchte. Dies sei bei einem Inkasso nicht möglich. Auf die Mehrwertdienste werde in den AGB mit den Kunden der Beschwerdeführerin hingewiesen. Dies sei nicht bloss ein Transparent-Machen, sondern eine Festlegung von Rechten und Pflichten in Bezug auf die Rechnungsstellung und die Zahlungsbedingungen. Es sei der Kunde, der sich für diese Art der Abrechnung entscheide, weshalb er diesbezüglich einen Vertrag mit der Beschwerdeführerin eingehe.⁷⁷ Dass der Mehrwertdienstleister und nicht der Kunde die Entschädigung für den Dienst entrichte, ändere daran nichts: Schliesslich sei es doch der Kunde, der die Entschädigung indirekt bezahle, da die Mehrwertdienstanbieter die Gebühr betriebswirtschaftlich einkalkulieren und auf die Kunden abwälzen würden. Es handle sich bei Mehrwertdiensten aus privatrechtlicher Perspektive um eine Anweisung, womit die Rolle der Beschwerdeführerin derjenigen einer Herausgeberin von Kreditkarten ähnele.⁷⁸ Der Beschwerdeführerin sei es ausserdem im Gegensatz zu einem Inkassounternehmen, das keinen Vertrag mit dem Schuldner habe, problemlos möglich, den Kunden zu identifizieren und damit den geldwäschereirechtlichen Dokumentationspflichten nachzukommen.⁷⁹

⁷² Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, Sachverhalt, B.

⁷³ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.1.

⁷⁴ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.1.

⁷⁵ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.1.

⁷⁶ Vgl. vorne, Rz. 30.

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.2.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.3.

⁷⁹ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.4.

[36] Das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil des BGer 2A_62/2007 sei nicht auf den vorliegenden Fall zu übertragen: Die Beschwerdeführerin agiere nicht in einem geschlossenen Kreis von Waren- und Dienstleistungsbezüglern und handle im Zusammenhang mit den Mehrwertdiensten selbstständig.⁸⁰ Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin beschränke sich nicht darauf, den Ablauf bzw. die Vereinfachung der Bezahlung zu ermöglichen, sondern gehe erheblich darüber hinaus.⁸¹

[37] Das Bundesgericht betrachtet den von der Beschwerdeführerin angebotenen Mehrwertdienst als Ganzes und kommt zum Schluss, dass – selbst wenn einzelne Dienstleistungen des angebotenen Gesamtpakets als Inkassotätigkeit zu qualifizieren wären – das entgeltliche Anbieten eines solchen *Mobile Value-Added Service* nicht als Inkassotätigkeit eingestuft werden könne, sondern als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr gelte.⁸² Es stütze damit die Argumentation des BVGer und bestätige auch in dieser Hinsicht dessen Urteil.

2.4.4. Würdigung

[38] Die von der Beschwerdeführerin angebotene Dienstleistung weist ohne Zweifel eine gewisse Ähnlichkeit mit Inkassotätigkeiten auf. Gesamthaft betrachtet vermögen m.E. die Argumente der Beschwerdeführerin, dass es sich bei ihrer Dienstleistung um ein Inkasso handle, dennoch nicht zu überzeugen: Im vorliegenden Fall geht die Initiative zum Einbezug der Beschwerdeführerin nicht vom Gläubiger (dem Mehrwertdienstanbieter), sondern vom Schuldner (dem Kunden) aus.⁸³ Dieser wählt somit bereits vor Bezug (bzw. just im Moment der Bestellung) des Mehrwertdienstes, welche Zahlungsmethode er zur Begleichung seiner Schuld verwenden will. Bei einem Inkasso ist es genau umgekehrt: Ein Gläubiger entschliesst sich, eine fällige Forderung eines Schuldners einzutreiben, indem er entweder das Inkassounternehmen als seinen Stellvertreter beauftragt oder dem Inkassounternehmen die Forderung zediert, damit dieses selbstständig gegen den Schuldner vorgehen kann.

[39] Das von der Beschwerdeführerin genannte Urteil des BGer 2A_62/2007 ist m.E. nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragbar. Dies aus folgenden Gründen: Bei der zentralen Abrechnung der Kundenrechnungen über die Genossenschaft ging es im genannten Urteil um eine allfällige Qualifikation als Kreditkartengeschäft.⁸⁴ Da bei der Abrechnung jedoch gar kein Vermögen über die Genossenschaft floss, sondern die Beträge mit Forderungen der Lieferanten verrechnet wurden, fehlte es an einem wesentlichen Element einer finanzintermediären Tätigkeit. Da kein Vermögen der Lieferanten an die Genossenschaft floss, hatten diese keine Möglichkeit, verbrecherisch erlangte Mittel einzusetzen und über die Genossenschaft fließen zu lassen. Die Geldwäschereifahr, derentwegen Kreditgeschäfte dem GwG unterstellt sind, konnte sich somit von vornherein nicht verwirklichen.⁸⁵ Damit stellte das in diesem Entscheid zu beurteilende Ge-

⁸⁰ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 6.2.

⁸¹ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 6.2 a.E.

⁸² Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 5.1.

⁸³ Vgl. FINMA-RS 2011/1 (FN 29), Rz. 8: «Beim Inkasso zieht der Beauftragte im Auftrag des Gläubigers fällige Forderungen ein.» sowie a.a.O., Rz. 9: «Entscheidend ist, in wessen Auftrag die Überweisung resp. Weiterleitung vorgenommen wird, was anhand von Indizien zu eruieren ist.»

⁸⁴ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 8.

⁸⁵ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 9.

schäftsmodell wohl eine Handelsfinanzierung (ein sog. «*non-recourse* Factoring»)⁸⁶ dar, bei der die Rückzahlung nicht durch die Vertragspartei erfolgt. Die Verweisung auf Inkassotätigkeiten ist m.E.⁸⁷ nur als Vergleich anzusehen. Eine Inkassotätigkeit wurde jedoch im Urteil gemäss der hier vertretenen Ansicht nicht bejaht.⁸⁸

[40] Trotz dieser Ausführungen lässt sich m.E. nicht von der Hand weisen, dass die von der Beschwerdeführerin angebotene Dienstleistung eine starke Ähnlichkeit mit einer Inkassotätigkeit und ein vergleichbar tiefes Geldwäschereirisiko aufweist. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Argumentation des BGer im Urteil 2A_62/2007, dass bei der Beurteilung eines Sachverhaltes aus GwG-Perspektive stets zu untersuchen sei, ob überhaupt eine Gefahr der Geldwäscherei bestehe. Andernfalls würden die Pflichten des GwG zum Selbstzweck.⁸⁹ Diese Ausführungen entsprechen der in der Lehre vertretenen (und m.E. zu begrüssenden⁹⁰) Ansicht, wonach die Beurteilung bzw. Auslegung des Geltungsbereichs des GwG stets unter Berücksichtigung des Schutzzwecks dieses Gesetzes erfolgen müsse.⁹¹ Dieser Punkt bedarf einer detaillierten Untersuchung im Hinblick auf den vorliegenden Fall. Ob eine GwG-Unterstellung aufgrund fehlender Geldwäschereigefahr hätte unterbleiben müssen, wird sogleich diskutiert.⁹²

2.4.5. Zwischenfazit

[41] Obwohl die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen diverse Parallelen zu Inkassodienstleistungen aufweisen und diesen sehr ähnlich sind, stellen sie keine solchen dar. Dies gilt insbesondere aus dem Grund, dass das gemäss FINMA-Praxis ausschlaggebende Kriterium für eine Inkassotätigkeit nicht erfüllt ist: Die Dienstleistung der Beschwerdeführerin wird nämlich nicht im Auftrag der Mehrwertdienstanbieter, sondern im Auftrag der Kunden vorgenommen. Aus diesem Grund kommt die Ausnahme für Inkassotätigkeiten nicht unmittelbar zur Anwendung.

2.5. Fehlende Geldwäschereigefahr und Verhältnismässigkeit

2.5.1. Allgemeines und Fragestellung

[42] Das GwG und insbesondere dessen generalklauselartig umschriebener Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG haben die Tendenz, eine Vielzahl von Lebenssachverhalten zu erfassen, welchen keine Geldwäschereigefahr immanent ist. Wie vorangehend ausgeführt, ist gemäss der in der Lehre vertretenen Ansicht eine Tätigkeit nur dann dem GwG zu unterstellen, wenn diese tat-

⁸⁶ Die Frage nach der Qualifikation des zu beurteilenden Geschäftsmodells wurde im Bundesgerichtsurteil offen gelassen.

⁸⁷ Diese Ansicht teilt die FINMA nicht, welche das Urteil 2A_62/2007 unter dem Abschnitt «Inkassotätigkeit» abhandelt: FINMA-RS 2011/1 (FN 29) Rz. 11.

⁸⁸ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 9: «In dieser Hinsicht kommt Letzterer jedoch *die gleiche Funktion zu wie* den Inkassounternehmen, die nach dem bereits Ausgeführten dem Geldwäschereigesetz nicht unterworfen sind.» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁸⁹ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 8.

⁹⁰ So bereits durch den Autor vertreten in: NAGEL (FN 28), Rz. 121.

⁹¹ KEOVG II-DE CAPITANI (FN 7), § 8/Art. 2 GwG N 170 ff.; SHK GwG-SCHÄREN (FN 44), Art. 2 N 58.

⁹² Vgl. hinten, Rz. 42 ff.

sächlich ein Geldwäschereirisiko aufweist.⁹³ Dieser Ansicht hat sich das BGer angeschlossen: Bei gewissen Geschäftsvorgängen ist es gemäss dem vorne erläuterten Urteil des BGer 2A_62/2007 faktisch kaum möglich, Geld zu waschen, obwohl Art. 2 Abs. 3 GwG aufgrund seines Wortlauts anwendbar wäre. In diesen Fällen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aufgrund einer Orientierung an Sinn und Zweck des GwG dessen Geltungsbereich einzuschränken (durch teleologische Auslegung bzw. teleologische Reduktion).⁹⁴ Ansonsten droht gemäss BGer eine ausufernde Geldwäschereiaufsicht, die zum Selbstzweck verkommt.⁹⁵

[43] Ausgangspunkt einer Auslegung ist immer der Wortlaut.⁹⁶ Ein Abweichen vom klaren Wortlaut ist nur ausnahmsweise legitim. Es ist insbesondere möglich, wenn der Wortlaut nicht den wahren Sinn einer Bestimmung wiedergibt.⁹⁷ Für eine teleologische Reduktion *contra legem* müssen triftige Gründe vorliegen.⁹⁸

[44] Beim Geltungsbereich von Erlassen im Allgemeinen kommt der Verhältnismässigkeit eine besondere Rolle zu: Von der Reichweite eines Geltungsbereichs kann abhängen, ob ein Erlass an sich verhältnismässig ist.⁹⁹ Als Grundsatz des rechtsstaatlichen Handelns bindet das Verhältnismässigkeitsprinzip i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV nicht nur den Rechtssetzer, sondern auch den Rechtsanwender.

2.5.2. Argumente der Beschwerdeführerin

[45] Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Abrechnung von Mehrwertdiensten durch einen Fernmeldedienstanbieter würde keine relevante Geldwäschereigefahr in sich bergen, weshalb das vorliegende Geschäft der Beschwerdeführerin nicht dem GwG zu unterstellen sei.¹⁰⁰

2.5.3. Erwägungen des BGer/des BVGer

[46] Das BVGer bejaht im vorliegenden Fall die Geldwäschereigefahr. Es stützt sich auf Untersuchungen der FATF¹⁰¹ zu Zahlungssystemen im Allgemeinen.¹⁰²

[47] Das BVGer bezieht sich weiter auf die Botschaft des FMG, in der im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten allgemein auf «Betrügereien» und ein «Missbrauchspotenzial» hingewiesen

⁹³ Vgl. vorne, Rz. 40.

⁹⁴ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, E. 8. Vgl. zur teleologischen Reduktion und deren Grenzen im Detail: MANUEL JAUN, Die teleologische Reduktion – ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, ZBJV 2001, 21–80, *passim*.

⁹⁵ Vgl. zum Ganzen vorne, Rz. 40.

⁹⁶ BGE 142 V 457 E. 3.1 S. 460.

⁹⁷ BGE 125 V 127 E. 5 S. 130 f.; 125 II 192 E. 3.a S. 196.

⁹⁸ Vgl. statt vieler JAUN (FN 94), 53 ff., m.w.H. auf die Rechtsprechung zur teleologischen Reduktion.

⁹⁹ GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 488.

¹⁰⁰ Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.2.2. Die Beschwerdeführerin brachte vor, sie werde im Vergleich zu anderen Mitbewerbern benachteiligt. Dies ist gemäss FINMA jedoch nicht der Fall, da sie gemäss eigenen Angaben von allen Anbietern von Mehrwertdiensten eine Einhaltung der GwG-Vorschriften und damit einen SRO-Anschluss verlangt (vgl. a.a.O., E. 5.2.3. a.E.).

¹⁰¹ Financial Action Task Force on Money Laundering mit Sitz in Paris, auch *Groupe d'action financière* (GAFI) genannt.

¹⁰² Vgl. «Report on New Payment Methods» sowie «Money Laundering Using New Payment Methods».

wird («ohne direkten Bezug zu Geldwäscherei»¹⁰³. Es könne darum «jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass mit Hilfe des Geschäftsmodells Mehrwertdienste illegale Vermögenswerte in handelbare Formen ausgetauscht werden». Das BVGer verweist ausserdem auf die Bagatellklausel von Art. 7a GwG, die zwar keine gänzliche Ausnahme vom GwG, jedoch eine gewisse Lockerung der Sorgfaltspflichten bei Dauerbeziehungen vorsieht.¹⁰⁴

[48] Bemerkenswert ist, dass das BVGer im Rahmen eines rechtsvergleichenden Exkurses auf das deutsche Zahlungsaufsichtsrecht verweist, das Mehrwertdienste erfasse und in § 22 des aZAG¹⁰⁵ Massnahmen zur Bekämpfung von Geldwäscherei enthalte. Das BGer wiederum äussert sich nicht mehr ausdrücklich zur Geldwäschereigefahr von Mehrwertdiensten, untersucht aber in einem rechtsvergleichenden Exkurs die zweite Zahlungsdienste-Richtlinie der EU¹⁰⁶ und kommt zum Schluss, dass diese Mehrwertdienste erfasse und nur eine Ausnahmeregelung vorsehe, sofern gewisse Schwellenwerte nicht überschritten würden.¹⁰⁷

2.5.4. Würdigung

[49] M.E. ist die Argumentation des BVGer in Bezug auf die Geldwäschereigefahr unvollkommen: Zwar ist durchaus korrekt, dass Zahlungssystemen im Allgemeinen eine Geldwäschereigefahr immanent sein kann.¹⁰⁸ Für Mehrwertdienste i.S.d. FMG im Allgemeinen ist ebenso ohne Weiteres vorstellbar, dass durch ein Zusammenwirken von Kunde und Mehrwertdienstanbieter grössere Mengen an Geld gewaschen werden könnten, bspw. mittels fingierten Telefonanrufen mit hohen Preisen pro Minute. Dass dies im vorliegend zu beurteilenden Fall gilt, wird vom BVGer jedoch m.E. nur ungenügend nachgewiesen.

[50] Die Verweisung des Gerichts auf die Botschaft des FMG als Beleg für die Geldwäschereigefahr, ohne dass sich die angeführten Stellen ausdrücklich auf Geldwäschereirisiken beziehen, ist heikel.

[51] Es ist zwar zu begrüssen, dass sich das BVGer im Sinne eines rechtsvergleichenden Exkurses mit dem deutschen ZAG befasst. Es würdigt die mittlerweile veraltete Fassung des Gesetzes korrekt. Das BGer hätte jedoch unweigerlich zum Schluss kommen müssen, dass die aktuelle Fassung des deutschen ZAG¹⁰⁹ Mehrwertdienste für Tickets wie den vorliegend zu beurteilenden Nachtzuschlag ausdrücklich vom Geltungsbereich des Gesetzes (und damit von einer Geldwäschereiaufsicht) ausnimmt. So lautet § 2 Abs. 1 Nr. 11 ZAG wörtlich: «[Als Zahlungsdienste gelten nicht:] Zahlungsvorgänge, die von einem Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze

¹⁰³ Botschaft FMG, BBl 2003 7951 ff., 7973. Die Stelle in der Botschaft scheint sich m.E. mehr auf Delikte wie Betrug und das Ausnützen von Notlagen bzw. Sucht zu beziehen (zu denken ist hier insb. an «Abo-Fallen», Wahrsagerei oder Sex-Hotlines, für die gewisse Kunden tausende Franken pro Monat verschwenden).

¹⁰⁴ Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.2.2.

¹⁰⁵ Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz in der Fassung vom 25. Juni 2009; dieses wurde mittlerweile umfassend revidiert (Fassung vom 17. Juli 2017).

¹⁰⁶ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015, über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl. EU L 337/35.

¹⁰⁷ Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 4.3.

¹⁰⁸ Vgl. zum Geldwäschereipotenzial im Bereich Zahlungsverkehr im Detail: Interdepartementale Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Juni 2015, 95 ff.

¹⁰⁹ Vgl. vorne, FN 105.

oder -dienste zusätzlich zu elektronischen Kommunikationsdiensten für einen Teilnehmer des Netzes oder Dienstes bereitgestellt werden, und die (...) von einem elektronischen Gerät aus oder über dieses ausgeführt und auf der entsprechenden Rechnung im Rahmen einer gemeinnützigen Tätigkeit *oder für den Erwerb von Tickets* abgerechnet werden, sofern der Wert einer Einzelzahlung 50 Euro nicht überschreitet und der kumulative Wert der Zahlungsvorgänge eines einzelnen Teilnehmers monatlich 300 Euro nicht überschreitet.»¹¹⁰ Das deutsche ZAG wird jedoch durch das BGer nicht diskutiert. Die deutsche Regelung basiert auf der Vorgabe der zweiten Zahlungsdienste-Richtlinie der EU, welche das BGer in seinem Urteil rechtsvergleichend berücksichtigt hat.¹¹¹ Es ist m.E. sehr zu begrüßen, dass das BGer das Europäische Recht berücksichtigt. Die erste Geldwäscherichtlinie wurde durch die Schweiz autonom nachvollzogen.¹¹² M.E. hat das BGer diese Regelung jedoch nicht richtig gewürdigt: In Erwägungsgrund 16 der zweiten Zahlungsdienste-Richtlinie ist vorgesehen, dass im nationalen Recht eine Ausnahme bzw. ein Hinweis auf Zahlungsvorgänge für den Erwerb von elektronischen Tickets (es wird sogar ausdrücklich auf Tickets für Beförderungen Bezug genommen) eingeführt werden soll, welche an Schwellenwerte anknüpfen soll.

[52] Hätten sich die FINMA bzw. die Gerichte an den Schwellenwerten orientiert, die Deutschland zur Umsetzung dieser Regelung anwendet, wären sie unweigerlich zum Schluss gekommen, dass eine rechtsvergleichende Betrachtung insgesamt stark dafür spricht, dass die konkret zu beurteilende Tätigkeit der Beschwerdeführerin eben gerade kein Geldwäschereipotenzial aufweist. Deutschland sieht für kleine Beträge eine Ausnahme für Ticketkäufe von Anbietern des öffentlichen Verkehrs vor. Die Schwelle von EUR 50.00 pro Einzeltransaktion bzw. EUR 300.00 pro Monat wird wohl im vorliegenden Fall (Nachzuschläge) von keinem Kunden der Beschwerdeführerin bzw. des Mehrwertdiensteanbieters erfüllt: Pro Tag werden pro Kunde CHF 5.00 verrechnet und der Nachzuschlag wird nur am Wochenende erhoben. Die Schwelle im deutschen Recht knüpft beim jeweiligen Kunden (dem «Teilnehmer») und nicht beim Mehrwertdiensteanbieter an, was m.E. sachgerecht ist. Dass das ausländische Recht im Verfahren vor BVGer in belastender Art und Weise Berücksichtigung findet, nicht jedoch in entlastender Weise im Verfahren vor BGer, ist inkonsequent.

[53] Das bereits angesprochene Urteil des BGer 2A_62/2007¹¹³ zeigt, dass selbst in Fällen, in denen das GwG aufgrund seines klaren Wortlauts zur Anwendung kommen würde, sich Gerichte durch teleologische Reduktion über den Gesetzeswortlaut hinwegsetzen dürfen, sofern in einem Einzelfall keine Geldwäschereigefahr besteht. Im Urteil des BGer 2A_62/2007 war ein Geschäftsmodell zu beurteilen, das aufgrund des Wortlauts von Art. 2 Abs. 3 GwG klar dem GwG unterstellt gewesen wäre. Das BGer entschied sich jedoch, aufgrund der Verrechnung der Forderungen bzw. der Ähnlichkeit zu Inkassodienstleistungen die GwG-Unterstellung der Beschwerdeführerin zu verneinen, da kein tatsächliches Geldwäschereirisiko erkannt wurde.¹¹⁴

¹¹⁰ Hervorhebung hinzugefügt.

¹¹¹ Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 4.3.

¹¹² Vgl. hierzu Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, BBl 1196 III 1101 ff., 1102: «Die (...) neuen Pflichten der Anbieter im Finanzsektor (Finanzintermediäre) entsprechen (...) dem europäischen Standard bei der Geldwäschereibekämpfung.» Das BGer geht im vorliegenden Urteil nicht explizit von einem autonomen Nachvollzug, aber von einer weitgehenden Übernahme von Formulierungen aus dem Recht der EU aus: Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, E. 3.1 sowie E. 4.3.

¹¹³ Urteil des BGer 2A_62/2007 vom 30. November 2007, vgl. hierzu vorne, Rz. 34, 36 und 39 f.

¹¹⁴ Vgl. hierzu vorne, Rz. 39.

[54] Der vorliegende Fall gestaltet sich m.E. sehr ähnlich wie derjenige im Urteil 2A_62/2007: Das Geldwäschereirisiko ist aufgrund der tiefen Beträge, die pro Kunde gewaschen werden könnten, äusserst gering. Überhaupt würde eine Geldwäscherei im vorliegenden Fall bedingen, dass der Kunde und der Mehrwertdienstanbieter (der ZVV) in krimineller Absicht zusammenwirken. Ansonsten wäre das Geld aufgrund der erbrachten Beförderungsleistung durch den Mehrwertdienstanbieter nämlich verbraucht, was einem Kunden mit der Absicht, inkriminiertes Vermögen zu waschen (d.h. zumindest ein Grossteil des «investierten» Geldes wieder vom Mehrwertdienstanbieter zurückerstattet zu erhalten), nichts bringen würde. Ein solches Zusammenwirken scheint besonders unrealistisch, da am ZVV diverse Unternehmen beteiligt sind, die den *Service public* sicherstellen und teilweise mit massgeblicher staatlicher Beteiligung operieren. Selbstverständlich bedeutet dies nicht, dass eine Geldwäschereioperation unmöglich wäre, ein solches Modell würde jedoch zusätzlichen unnötigen Aufwand und ein hohes Entdeckungsrisiko für die kriminellen Organisationen mit sich bringen.

[55] Wie im Kapitel zu Inkassotätigkeiten ausgeführt wurde,¹¹⁵ stellen die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienste zwar keine Inkassotätigkeiten im engeren Sinne dar, sie sind diesen jedoch sehr ähnlich. Dies wäre m.E. ein weiterer Grund dafür, mittels einer restriktiven Auslegung des Gesetzeswortlauts bzw. einer extensiven Auslegung der Ausnahme für Inkassotätigkeiten eine Nichtunterstellung der Beschwerdeführerin anzunehmen. Diese Auslegung hätte idealerweise bereits die FINMA vornehmen sollen: Die Ausnahmebestimmungen sind in Art. 11 GvW-FINMA enthalten. Die GwV-FINMA ist grundsätzlich kein rechtssetzender Erlass, sondern enthält die Praxis der FINMA.¹¹⁶ Es wäre somit an der FINMA gewesen, hier korrigierend einzuschreiten, da im vorliegend zu beurteilenden Geschäftsmodell kein Geldwäschereirisiko besteht.

[56] Ein Vergleich mit anderen Adressaten des GwG lässt eine Unterstellung der Beschwerdeführerin für die Abrechnung von Nachtzuschlägen in hohem Masse unverhältnismässig erscheinen: Während bspw. bei Kassageschäften (z.B. Barzahlungen bei einer Bank) bis zur Schwelle von CHF 15'000.00 keine Identifikationspflicht des Finanzintermediärs zur Anwendung kommt und Händler von Gütern pro Transaktion bis zu CHF 100'000.00 in bar entgegennehmen können, ohne unter das GwG zu fallen,¹¹⁷ soll die Beschwerdeführerin für die Nachtzuschläge à CHF 5.00 pro Kunde und Transaktion dem GwG unterstehen.

2.5.5. Zwischenfazit

[57] Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Unterstellung der Beschwerdeführerin unter das GwG für die Abrechnung von Nachtzuschlägen kein Geldwäschereirisiko aufweist. Im Vergleich zu anderen Adressaten des GwG scheinen die rechtlichen Grundlagen bzw. deren buchstabengetreue Anwendung unverhältnismässig. Demzufolge hätte m.E. im vorliegenden Fall entschieden werden sollen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Umstände nicht dem GwG zu unterstellen ist.

¹¹⁵ Vgl. hierzu vorne, Rz. 30 ff.

¹¹⁶ Vgl. FINMA, Anhörungsbericht zur Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA), Bericht der FINMA über die Anhörung vom 11. Februar bis 7. April 2015 zur Totalrevision der GwV-FINMA, 3. Juni 2015, 11.

¹¹⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 8a Abs. 1 GwG.

3. Schlussbemerkungen

3.1. Gesamtbetrachtung und Denkanstösse

[58] Der FINMA, dem BVGer und dem BGer kann letztlich kein Vorwurf gemacht werden, wenn die rechtlichen Grundlagen möglichst buchstabengetreu angewendet werden sollen. Die strenge Subsumtion führt zu einem Ergebnis, das aus rechtlicher Perspektive vertretbar ist. Und dennoch scheint es m.E. geradezu absurd, dass eine kriminelle Organisation durch Käufe von Nachtzuschlägen per SMS über die Beschwerdeführerin mit Beteiligung eines Verkehrsverbunds Geld waschen würde. Die Kosten und der organisatorische Aufwand wären für die Begehung eines solchen Delikts immens. Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist das Geldwäschereirisiko zwar nicht für Mehrwertdienste im Allgemeinen, jedoch im vorliegenden Fall praktisch inexistent. Aus diesem Grund wäre m.E. ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut durchaus zu rechtfertigen gewesen – entweder durch teleologische Reduktion oder durch eine ausgedehnte Auslegung der Ausnahme für Inkassotätigkeiten. Es ist bedauerlich, dass dieser Spielraum nicht genutzt wurde. Erschwerend kommt wohl bei solchen Konstellationen im Allgemeinen hinzu, dass sich die Gerichte bei Entscheiden der FINMA aufgrund deren technischen Ermessens besondere Zurückhaltung auferlegen.¹¹⁸ Weicht die FINMA somit nicht von ihrer eigenen Praxis (u.a. in der GwV-FINMA) ab, werden die Gerichte nur selten korrigierend einschreiten.

[59] Die hier abgehandelten Entscheide tragen voraussichtlich nicht dazu bei, dass bei den Betroffenen und bei der Bevölkerung die Akzeptanz für aufsichtsrechtliche Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei wächst. Vielmehr könnte der Eindruck entstehen, dass das GwG zum Selbstzweck wird. Eine hohe Akzeptanz und eine breite Anerkennung des Sinns der Bestimmungen wäre aber m.E. die wichtigste Voraussetzung, damit die Schweiz mit dem GwG weiterhin über ein praktikables (und m.E. in weiten Teilen absolut sinnvolles) Instrument im Kampf gegen die organisierte Kriminalität verfügt.

[60] Ein weiterer Aspekt wird bei der Analyse der Thematik offenkundig: Oft wird das internationale Recht als Treiber von immer ausschweifenderen Regeln bzw. einer Ausweitung des Geltungsbereichs des GwG wahrgenommen. Aus diesem Grund herrscht in diesem Rechtsbereich in der Schweiz eine Tendenz zur Skepsis gegenüber den internationalen «Haupttreibern» der Regulierung, der FATF und insbesondere der EU. Der vorliegende Fall zeigt jedoch m.E., dass eine stärkere Orientierung am ausländischen Recht Vorteile bringen könnte. Selbst wenn das ausländische Recht teilweise umfangreiche und ungelenke Regeln enthält, ist evident, dass das deutsche und das europäische Recht im vorliegenden Fall angemessenere, praktikablere und durchdachtere Ausnahmebestimmungen enthalten als das schweizerische Recht.

3.2. Vorschlag de lege ferenda

[61] Da der Entscheid des BGer letztinstanzlich ist, sind in nächster Zeit wohl kaum Änderungen in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der GwG-Unterstellung von Mehrwertdiensten zu erwarten.

[62] Um für Mehrwertdienste künftig über eine angemessenere Regelung zu verfügen, wäre m.E. zu erwägen, die Verordnungsbestimmungen (Art. 11 Abs. 1 GwV-FINMA) um eine weitere Litera

¹¹⁸ *De facto* kommt die Überprüfung einer Willkürprüfung gleich: ZYSSET (FN 5), Rz. 432 sowie dort FN 1184.

zu ergänzen, die analog zu den Ausnahmebestimmungen der zweiten Zahlungsdienste-Richtlinie der EU bzw. des deutschen ZAG formuliert ist. Diese könnte wie folgt lauten:

Art. 11 Verzicht auf Einhaltung der Sorgfaltspflichten

¹ *Der Finanzintermediär kann in dauernden Geschäftsbeziehungen mit Vertragsparteien im Bereich von Zahlungsmitteln für den bargeldlosen Zahlungsverkehr, die ausschliesslich dem bargeldlosen Bezahlen von Waren und Dienstleistungen dienen, auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten verzichten, wenn eine der folgenden Situationen vorliegt:*

(...)

e. Es handelt sich um Zahlungsvorgänge, die von einem Telekommunikationsanbieter als Mehrwertdienst im Sinne des Fernmeldegesetzes bereitgestellt werden. Hierbei liegt der Wert einer Einzelzahlung eines jeweiligen Kunden stets unter 50 Franken und die monatlich maximal pro Kunde mögliche Summe an Zahlungen liegt unter 300 Franken. Diese Ausnahme gilt ausschliesslich für Zahlungsvorgänge, die

- 1. im Zusammenhang stehen mit dem Erwerb von digitalen Inhalten und Sprachdiensten und die auf der entsprechenden Rechnung abgerechnet werden; oder*
- 2. von einem elektronischen Gerät aus oder über dieses ausgeführt und auf der entsprechenden Rechnung im Rahmen einer gemeinnützigen Tätigkeit oder für den Erwerb von Tickets abgerechnet werden.*

[63] Sollte die FINMA die GwV-FINMA nicht entsprechend ändern wollen, wäre auch vorstellbar, dass der Bundesrat in der GwV eine analoge Regelung trifft.

Dr. iur. THOMAS NAGEL, Rechtsanwalt, Associate bei Walder Wyss AG, Bern/Zürich sowie Dozent für Compliance & Corporate Governance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS).

Der Autor dankt Dr. iur. Pascal Zysset, Rechtsanwalt, BLaw Stefanie Röthlisberger (beide Walder Wyss AG) und MLaw Michael Nagel, Rechtsanwalt (schochauer AG) für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise. Vreni Nagel (Leiterin Services des Ostschweizer Kinderspitals) lieferte den gedanklichen Anstoss zum vorliegenden Beitrag, vielen Dank.

Der Autor war in keinen der diskutierten Fälle als Rechtsvertreter involviert. Er äussert in diesem Beitrag seine eigenen Ansichten.