



Thomas Nagel*

Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr unter dem Geldwäschereigesetz

Abgrenzungen und ausgewählte Praxisfragen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG
 1. Allgemeines
 2. Tätigkeit 1: Ausführen von Zahlungsaufträgen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV
 - 2.1. Allgemeines
 - 2.2. Verfügungsmacht
 - 2.3. Liquide Finanzwerte
 - 2.4. Überweisung an eine Drittperson
 3. Tätigkeit 2: Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Hilfe bei der Übertragung virtueller Währungen
 - 3.3. Dauernde Geschäftsbeziehung oder Verfügungsmacht
 - 3.4. Ausnahme bei Erbringung der Dienstleistung ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären
 - 3.5. Sonderbestimmungen zur Identifizierung der Vertragspartei
 4. Tätigkeit 3: Ausgabe von Zahlungsmitteln gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV
 - 4.1. Allgemeines
 - 4.2. Ausgabe von Zahlungsmitteln
 - 4.3. Verfügungsmacht
 - 4.4. Erleichterungen bei Einhaltung der Schwellenwerte von Art. 11 oder 12 GwV-FINMA
 5. Tätigkeit 4: Betreiben von Zahlungssystemen gemäss FINMA-RS 2011/1
 - 5.1. Allgemeines
 - 5.2. Betreiben eines Zahlungssystems
 - 5.3. Verfügungsmacht
 6. Tätigkeit 5: Geld- oder Wertübertragungsgeschäfte gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV
 - 6.1. Allgemeines
 - 6.2. Entgegennahme von Zahlungsmitteln, Verfügungsmacht
 - 6.3. Transfer und Auszahlung, Übertragung oder Überweisung an eine Drittperson
 - 6.4. Grenzüberschreitende Übertragung und fehlende dauernde Geschäftsbeziehung als zusätzliche Elemente?
 - 6.5. Verschärfung: Berufsmässigkeit stets gegeben
 - 6.6. Verschärfung: Hilfspersonen-Ausnahme nur für einen Vertragspartner möglich
 - 6.7. Verschärfung: Strengere Pflichten gemäss GwV-FINMA
7. Raum für Subsumtion weiterer Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr?
- III. Ausgewählte, für Zahlungsdienstleistungen relevante Ausnahmen
 1. Inkasso
 2. Hilfspersonen-Ausnahme
 3. Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung
- IV. Abgrenzungen und Praxisfragen
 1. Vorbemerkung: Sinn und Zweck/risikobasierter Ansatz
 2. Einzelne Abgrenzungen
 - 2.1. Relevanz der Abgrenzung der verschiedenen Kategorien von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr voneinander
 - 2.2. Geld- und Wertübertragungsgeschäft vs. Ausführen von Zahlungsaufträgen
 - 2.3. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr vs. Inkassotätigkeiten
 - 2.4. Sammeln von Spenden und Weiterleiten an Begünstigte vs. Dienstleistung für den Zahlungsverkehr
 - 2.5. Kauf vs. Dienstleistung für den Zahlungsverkehr
 - 2.6. Gutscheinkauf
- V. Fazit

I. Einleitung

In der Praxis sind Fragen nach der (Nicht-)Unterstellung von Dienstleistungen unter das GwG¹ häufig. Die Frage einer Unterstellung als prudentiell beaufsichtigter Finanzintermediär gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG ist isoliert eher selten anzutreffen, da die einer prudentiellen Aufsicht unterstehenden Aktivitäten in diversen Spezialgesetzen und ausführenden Verordnungen weiter

* Dr. iur. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Walder Wyss AG sowie Dozent für Corporate Governance and Financial Market Compliance bei der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS) in Zürich. Für die Durchsicht des Manuskripts danke ich MLaw Joëlle Löttscher, LL.M.

¹ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (Stand am 1. Januar 2023), SR 955.0.

umschrieben werden. Da die Sanktionen einer Tätigkeit ohne Bewilligung im Bereich der prudentiellen Finanzintermediation recht scharf ausfallen (z.B. eine unbewilligte Tätigkeit als Bank²), ist meist ein vorsichtiges Verhalten der potenziellen Rechtsunterworfenen festzustellen. Die Beratung erfolgt deshalb i.d.R. bereits in einem frühen Stadium und umfasst auch die anderen ggfs. anwendbaren Spezialgesetze (BankG, FINIG³, FIDLEG⁴ etc.) sowie das Erstellen der nötigen Bewilligungsgesuche, sofern dies erforderlich ist.

Demgegenüber ist die Frage, ob eine Aktivität zu einer Qualifikation als Finanzintermediär unter Aufsicht einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG führt, häufiger anzutreffen. Ein «Evergreen» in diesem Bereich ist die Frage, ob eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr vorliegt. Dafür gibt es m.E. eine Vielzahl von Gründen: Der Begriff der Dienstleistung für den Zahlungsverkehr erfasst eine Vielzahl von Geschäftsmodellen. Die juristische Würdigung von Zahlungsdienstleistungen unter dem GwG ist selbst für erfahrene Spezialisten anspruchsvoll. Ausserdem gibt es diverse Ausnahmen vom Geltungsbereich des GwG sowie aufsichtsrechtliche Erleichterungen, welche auf solche Dienstleistungen Anwendung finden können.⁵ Zuletzt scheint vielen Rechtsunterworfenen nicht oder zu wenig bewusst, dass bereits das Einziehen oder Weiterleiten von Geld u.U. regulatorische Konsequenzen mit sich bringen kann. Dies führt dazu, dass Unternehmen teilweise bereits als Finanzintermediär tätig sind, ohne sich dessen bewusst zu sein und entsprechend auch über keinen Anschluss an eine SRO verfügen.⁶ In der Praxis ist ausserdem eine gewisse Verwirrung darüber festzustellen, welche Kategorie von Zahlungsdienstleistung gemäss Art. 4 GwG⁷ im Einzelfall vorliegt und welche Rahmenbedingungen gemäss GwG, GwV und GwV-FINMA⁸ auf die Anbieter solcher Dienstleistungen anzuwenden sind. Ausserdem hat die Rechtsprechung im Bereich der Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr

zu einiger Verunsicherung bei den Rechtsunterworfenen geführt, insbesondere bezüglich des Anwendungsbereichs der Ausnahmen.

Dieser Beitrag stellt die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr detailliert dar, grenzt die einzelnen Kategorien von Dienstleistungen voneinander ab und beantwortet offene Unterstellungsfragen. Weiter wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom GwG zum Tragen kommen.

II. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr i.S.v. Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG

1. Allgemeines

Das GwG verwendet zur Umschreibung seines Geltungsbereichs eine Generalklausel. Diese ist in Art. 2 Abs. 3 GwG enthalten. Finanzintermediäre sind demzufolge auch⁹ Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen, aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Art. 2 Abs. 3 GwG wird durch eine nicht abschliessende¹⁰ Aufzählung ergänzt. In Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG wird ausgeführt, dass eine Person als Finanzintermediär gilt, wenn sie Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringt, namentlich für Dritte elektronische Überweisungen vornimmt oder Zahlungsmittel wie Kreditkarten und Reiseschecks ausgibt bzw. verwaltet. Diese (generalklauselartige und nicht abschliessende¹¹) Definition wird durch eine wiederum nicht abschliessende Aufzählung in Art. 4 Abs. 1 GwV konkretisiert. Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr nach Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG liegt demgemäss insbesondere vor, wenn der Finanzintermediär:

- Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV: im Auftrag seiner Vertragspartei liquide Finanzwerte an eine Drittperson überweist und dabei diese Werte physisch in Besitz nimmt, sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lässt oder die Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertragspartei anordnet;

² Die Tätigkeit als Bank ohne Bewilligung wird mit Busse von bis zu CHF 500'000.00 bestraft, vgl. Art. 49 Abs. 1 BankG (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (Stand am 1. Januar 2023), SR 952.0).

³ Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutengesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018 (Stand am 1. August 2021), SR 954.1.

⁴ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018 (Stand am 1. August 2021), SR 950.1.

⁵ Vgl. hierzu hinten, Ziff. II.2 sowie Ziff. III.

⁶ In solchen Fällen bleibt nur zu hoffen, dass entweder die Schwelle der Berufsmässigkeit noch nicht erreicht ist oder zumindest die zweimonatige Frist von Art. 11 Abs. 1 lit. b GwV noch nicht abgelaufen ist.

⁷ Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV) vom 11. November 2015 (Stand am 1. Januar 2023), SR 955.01.

⁸ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA) vom 3. Juni 2015 (Stand am 1. Januar 2023), SR 955.033.0.

⁹ Das Wort «auch» im Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 GwG bezieht sich auf Art. 2 Abs. 2 GwG. Damit ist gemeint, dass es neben den prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediären (Abs. 2) auch noch Finanzintermediäre unter Aufsicht von Selbstregulierungsorganisationen (Abs. 3) gibt. Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 GwG ist Art. 2 Abs. 3 GwG offen formuliert (Generalklausel) und enthält in lit. a-g eine nicht abschliessende Aufzählung erfasster Tätigkeiten.

¹⁰ Vgl. FINMA, Rundschreiben 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG: Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV), 20. Oktober 2010, zuletzt geändert am 4. November 2020, N 3 sowie SCHÄREN SIMON, Art. 2 N 54 und 83, in: Kunz/Jutzi/Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

¹¹ Dies ergibt sich m.E. daraus, dass Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG die Aufzählung mit dem Wort «namentlich» einleitet.

- Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV: hilft, virtuelle Währungen an eine Drittperson zu übertragen, sofern er mit der Vertragspartei eine dauernde Geschäftsbeziehung unterhält oder sofern er für die Vertragspartei Verfügungsmacht über virtuelle Währungen ausübt, und er die Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären erbringt;
- Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV: nicht in Bargeld bestehende Zahlungsmittel ausgibt oder verwaltet und seine Vertragspartei damit Zahlungen an Dritte leistet; oder
- Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV: das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft durchführt.

Gemäss FINMA-RS 2011/1 soll ausserdem das Betreiben von Zahlungssystemen als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr qualifiziert werden. Die FINMA leitet diesen Tatbestand aus Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV¹² ab.¹³

Gemäss früherer Praxis der Kontrollstelle waren grundsätzlich alle Überweisungen und Weiterleitungen, die im Auftrag des Schuldners der Leistung getätigt werden, dem GwG unterstellt.¹⁴ Diese Aussage findet sich im FINMA-RS 2011/1 nicht. Bereits aus der Verweisungskaskade wird klar, dass es keine klar abgegrenzte Legaldefinition des Begriffs «Dienstleistung für den Zahlungsverkehr» gibt. Alle Aufzählungen von Tätigkeiten, bis hinunter auf Verordnungsstufe, bleiben nicht abschliessend und die Umschreibungen sind durch ein gewisses Mass an Ungenauigkeit geprägt. Im FINMA-RS 2011/1 sowie in der GwV-FINMA werden gewisse Konkretisierungen der verschiedenen Tatbestände vorgenommen.

Alle nachfolgend einzeln abgehandelten Varianten von Zahlungsdienstleistungen haben gemeinsam, dass der Finanzintermediär bei deren Ausübung *Verfügungsmacht* über fremde Vermögenswerte erhält.¹⁵ In der Praxis kann deshalb die Frage, ob eine Person Vermögenswerte Dritter erhält, eine aussagekräftige Indikation für die Beurteilung einer allfälligen GwG-Unterstellung bieten. Verfügungsmacht hat eine Person, wenn sie fremde Vermögenswerte annimmt. Die Annahme alleine stellt jedoch noch keine finanzintermediäre Tätigkeit dar, sondern ist lediglich eine Vorstufe derselben.¹⁶ Verfü-

gungsmacht bedeutet m.E., dass die Vermögenswerte in den Herrschaftsbereich einer Person geraten, z.B. durch Überweisung auf ein Bank- oder ein sonstiges Zahlungskonto, physisch (durch Übergabe oder Transfer) oder durch vertragliche Abreden, wonach eine Person über die Vermögenswerte verfügen kann.¹⁷

2. Tätigkeit 1: Ausführen von Zahlungsaufträgen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV

2.1. Allgemeines

Als Finanzintermediär gilt gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV, wer «im Auftrag seiner Vertragspartei liquide Finanzwerte an eine Drittperson überweist und dabei diese Werte physisch in Besitz nimmt, sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lässt oder die Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertragspartei anordnet». Gemäss FINMA-RS 2011/1 sind «alle Überweisungen und Weiterleitungen unterstellt, die im Auftrag des Schuldners der Leistung getätigt werden, unabhängig davon, ob der Schuldner den Dienstleister vor oder erst nach dessen Vergütung an den Dritten entschädigt». Auch mittels elektronischer Übermittlung ausgelöste Zahlungsaufträge (wie z.B. beim E-Banking), das Erledigen von Zahlungsaufträgen für Dritte per Bankvollmacht sowie das Weiterleiten von Buchgeldzahlungen für einen Auftraggeber nach dessen Weisungen an eine begünstigte Person über ein Durchlaufkonto sind gemäss FINMA-Praxis Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV unterstellt.¹⁸

Neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Unterstellung unter das GwG in Art. 2 Abs. 3 GwG müssen somit folgende Kriterien erfüllt sein: (i) Der Finanzintermediär erlangt Verfügungsmacht über die fremden, liquiden Vermögenswerte, (ii) es handelt sich um liquide Finanzwerte und (iii) es erfolgt eine Überweisung an eine Drittperson. Dabei ist gemäss MY CHAU BACHELARD/MARTIN HESS der Rechtsgrund der Überweisung nicht relevant. Massgebend ist die Dienstleistungserbringung bei der Übertragung der Vermögenswerte.¹⁹

2.2. Verfügungsmacht

Das Ausführen von Zahlungsaufträgen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV setzt voraus, dass der Dienstleister Verfügungsmacht über die Vermögenswerte Dritter erhält. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.²⁰

¹² Im FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 63 ff. wird noch lit. b genannt, da das FINMA-RS 2011/1 nach Einführung des neuen Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV für virtuelle Währungen per 1. August 2021 nicht angepasst wurde.

¹³ Vgl. FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 65 i.V.m. dem Titel von Ziff. IV.B («lit. b»).

¹⁴ Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG: Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor, 29. Oktober 2008 (Unterstellungskommentar), N 163.

¹⁵ Vgl. hierzu sogleich hinten, Ziff. II.2.2, II.3.3 (mit Einschränkungen); II.4.3 sowie II.6.2.

¹⁶ SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2 N 78; DE CAPITANI WERNER, § 8/Art. 2 GwG N 75, in: Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2002; ausführlich zum Thema Aufbewahrung unter dem GwG: NAGEL THOMAS, Soll das Aufbewahren von Vermö-

genswerten künftig dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden? Eine Betrachtung am Beispiel von Zollfreilagern, GesKR 1/2020, 113 ff., *passim*.

¹⁷ In diesem Sinne: KEOVG II-DE CAPITANI (FN 16), § 8/Art. 2 GwG N 75 a.E.

¹⁸ Zum Ganzen FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 58.

¹⁹ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 8.

²⁰ Vgl. hierzu vorne, Ziff. II.2.2.

2.3. Liquide Finanzwerte

Nach Ansicht von MY CHAU BACHELARD/MARTIN HESS ist der Begriff «Finanzwerte» gleich wie der Begriff «Vermögenswerte» in der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG zu verstehen. Gemeint sind somit alle Vermögenswerte, welche im Zusammenhang mit dem Finanzsektor stehen. «Liquid» bedeutet insofern, dass die Werte leicht in Bargeld oder andere Vermögenswerte wandelbar sein müssen,²¹ was m.E. auf die meisten Vermögenswerte zutrifft. Kritischer zu beurteilen wären wohl Fälle, bei denen Vermögenswerte vorliegen, für die es kaum einen Markt gibt, die nur mit grossem Aufwand in andere Vermögenswerte umgewandelt werden können oder die zuerst bearbeitet werden müssen, bevor sie verwertet werden können. Ebenfalls nicht als liquid dürften gemäss hier vertretener Ansicht Vermögenswerte gelten, deren Handel ohne Sonderbewilligungen illegal ist (z.B. Kriegsmaterialien²²).

2.4. Überweisung an eine Drittperson

MY CHAU BACHELARD/MARTIN HESS führen aus, dass ein Dreiparteienverhältnis bestehen müsse, damit ein Ausführen von Zahlungsaufträgen unter Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV falle. Dies bedeute, dass der Finanzintermediär in einer Vertragsbeziehung mit beiden Parteien des Übertragungsgeschäfts stehen müsse.²³ Dem ist m.E. grundsätzlich beizupflichten: Ein Ausführen eines Zahlungsauftrages ist i.d.R. als Anweisung gemäss Art. 466 ff. OR²⁴ zu qualifizieren. Darin involviert sind der Finanzintermediär als Angewiesener, der Kunde des Finanzintermediärs als Anweisender sowie der Zahlungsempfänger als Anweisungsempfänger. Ein Anweisungsvertrag entsteht ausschliesslich zwischen Anweisendem und Angewiesenem (vorausgesetzt, dass der Angewiesene die Anweisung annimmt). Die Anweisung ist blosses Mittel, um eine Leistung herbeizuführen (Deckungsverhältnis), Zweck und Grund dieser Leistung (Valutaverhältnis) umschliesst sie nicht.²⁵ Der Anweisungsempfänger steht somit nicht in einem Vertragsverhältnis im engeren Sinne mit dem Angewiesenen. Der Angewiesene hat gegenüber dem Anweisungsempfänger aber eine abstrakte, garantieähnliche Schuld, welche sich auf Art. 468 Abs. 1 OR stützt. Diese Forderung ist vertragsrechtlicher Natur und entsteht im Moment der Annahme durch den Angewiesenen.²⁶ Der Anweisungsempfänger hat i.d.R.

einen direkten Vertrag mit dem Anweisenden, auf den er eine Forderung stützen kann (das Valutaverhältnis).²⁷ Der Angewiesene kann gegenüber dem Anweisungsempfänger die Erfüllung nicht verweigern, indem er sich auf Einwendungen und Mängel aus dem Deckungs- oder Valutaverhältnis beruft.²⁸

M.E. liegt kein Ausführen von Zahlungsaufträgen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV vor, wenn ein Finanzintermediär in berufsmässiger Weise für einen oder mehrere Anweisende(n) Überweisungen ausführt und zugleich mit dem/den Anweisungsempfänger(n) einen Dauervertrag zur Abwicklung ebensolcher Zahlungen abgeschlossen hat. Das Ausführen von Zahlungsaufträgen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV ist m.E. dadurch charakterisiert, dass nur mit dem Anweisenden ein direktes Vertragsverhältnis besteht, nicht jedoch ein Dauervertragsverhältnis mit dem Anweisungsempfänger. Mit Letzterem besteht lediglich eine aus dem jeweiligen spezifischen Anweisungsverhältnis stammende vertragliche Schuld gemäss Art. 468 Abs. 1 OR. Hat der Finanzintermediär auch einen Dauervertrag mit dem Anweisungsempfänger, kann die ausgeübte Dienstleistung m.E. somit nicht mehr als Ausführen von Zahlungsaufträgen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. a GwV gelten, sondern allenfalls als Betreiben eines Zahlungssystems.²⁹

Ist neben dem Finanzintermediär nur dessen Kunde in eine Zahlungsabwicklung involviert (d.h. es gibt keinen Dritten, der Zahlungsempfänger ist), so liegt keine finanzintermediäre Tätigkeit vor. In einem solchen Fall handelt es sich i.d.R. um einen nicht unterstellungspflichtigen Gutschein bzw. eine Zahlkarte in einem Zweiparteiensystem (sofern sich der Anspruch gegen den Finanzintermediär selbst richtet)³⁰ oder einen Kaufvertrag.³¹ Werden Vermögenswerte in einem Zweiparteiensystem in eine andere Form getauscht, so kann ein unterstellungspflichtiger Geldwechsel i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. a GwV vorliegen, sofern dieser nicht akzessorisch ausgeführt wird.³² Vom Ausführen von Zahlungsaufträgen ist ebenfalls die Inkassotätigkeit abzugrenzen.³³

3. Tätigkeit 2: Hilfe bei der Übertragung von virtuellen Währungen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV

3.1. Allgemeines

Als Finanzintermediär gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV gilt, (i) wer hilft, virtuelle Währungen an eine Drittperson

²¹ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 8.

²² Vgl. Art. 2 lit. b des Bundesgesetzes über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG) vom 13. Dezember 1996 (Stand am 1. Mai 2022), SR 514.51.

²³ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 9.

²⁴ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2023), SR 220.

²⁵ Urteil des BGer 4C.172/2000 vom 28. März 2001, E. 3a; BGE 122 III 237 E. 1b; 105 II 104 E. 2.

²⁶ Art. 468 Abs. 1 OR.

²⁷ BSK OR I-KOLLER, Art. 468 N 2.

²⁸ BSK OR I-KOLLER, Art. 468 N 6 m.w.H.

²⁹ Vgl. hierzu hinten, Ziff. II.5.

³⁰ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 64.

³¹ Vgl. hierzu hinten, Ziff. IV.2.5.

³² FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 84 ff.

³³ Vgl. hierzu hinten, Ziff. IV.2.3.

son zu übertragen, (ii) sofern er mit der Vertragspartei eine dauernde Geschäftsbeziehung unterhält oder sofern er für die Vertragspartei Verfügungsmacht über virtuelle Währungen ausübt, und (iii) er die Dienstleistung nicht ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären erbringt.

Im Gegensatz zu den anderen Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr wird diese Tätigkeit im FINMA-RS 2011/1 nicht berücksichtigt, da sie erst später im Rahmen der Anpassungen des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register in die Verordnung eingefügt wurde.³⁴ Der Normgehalt ist somit ausschliesslich aufgrund der Materialien zu bestimmen.

3.2. Hilfe bei der Übertragung virtueller Währungen

Als virtuelle Währung gilt gemäss FINMA eine digitale Darstellung eines Wertes, welche im Internet handelbar ist und die Funktionen von Geld übernimmt, ohne jedoch als gesetzliches Zahlungsmittel akzeptiert zu werden. Eine virtuelle Währung existiert lediglich als digitaler Code und verfügt über kein materialisiertes Gegenstück. Von E-Geld unterscheidet sich eine virtuelle Währung dahingehend, dass sie nicht durch ein gesetzliches Zahlungsmittel unterlegt ist.³⁵

Für eine Erfassung durch das GwG setzt die GwV voraus, dass der Finanzintermediär Hilfe bei der Übertragung an eine Drittperson leistet. Der Begriff Hilfe ist dabei m.E. dahingehend auszulegen, dass die Person einen Beitrag zur Übertragung der virtuellen Währungen leistet, der *conditio sine qua non* für die erfolgreiche Übertragung darstellt. Untergeordnete Hilfsdienstleistungen, welche nicht mit der Übertragung an sich zusammenhängen (z.B. das Zurverfügungstellen von Kommunikationskanälen zur Aufgleisung der Übertragung für die Parteien des Übertragungsgeschäfts), gelten m.E. nicht als finanzintermediäre Tätigkeit.

3.3. Dauernde Geschäftsbeziehung oder Verfügungsmacht

Die Unterstellung unter das GwG setzt voraus, dass der Finanzintermediär entweder eine dauernde Beziehung mit der Vertragspartei unterhält oder Verfügungsmacht über die virtuelle Währung ausübt. Als dauernde Geschäftsbeziehung gelten gemäss Art. 2 lit. d GwV-FINMA Kundenbeziehungen, die bei einem schweizerischen Finanzintermediär gebucht oder überwiegend von der Schweiz aus betreut werden und sich nicht in der Vornahme einmaliger unterstellungspflichtiger Tätigkeiten erschöpfen.

Ob eine Person Verfügungsmacht über eine virtuelle Währung hat, beurteilt sich nach den vorne umschriebenen Kriterien.³⁶ Gemäss Rechtssetzer und FINMA liegt Verfügungsmacht über virtuelle Währungen vor, wenn ein Finanzintermediär (z.B. der Betreiber einer zentralen Handelsplattform oder ein Custody Wallet-Anbieter) die Guthaben der Kunden auf eigenen Konten bzw. Wallets hält und Zugriff auf deren Private Keys hat.³⁷ Keine Verfügungsmacht über virtuelle Währungen hat demgegenüber gemäss ständiger Praxis der Behörden und dem Willen des Rechtssetzers ein Dienstleister, der lediglich den Public Key kennt (sog. Non-Custody Wallet-Anbieter) und in die Übertragung der Vermögenswerte nicht involviert ist, sondern lediglich die Software hierzu zur Verfügung stellt.³⁸

Es soll gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV auch Fälle geben, in denen der Finanzintermediär keine Verfügungsmacht über die virtuellen Währungen hat, aber dennoch unter das GwG fällt. Gemäss Erläuterungsbericht betrifft dies bspw. Handelsplattformen, die zwar nicht im Besitz des Private Key der Kunden sind (und damit eigentlich keine Verfügungsmacht über die virtuellen Währungen an sich haben), die Übertragung der virtuellen Währungen jedoch mittels Smart Contract, über welchen sie die Kontrolle haben, erst ermöglichen.³⁹ Damit weicht der Rechtssetzer vom in Art. 2 Abs. 3 GwG angelegten Prinzip ab, welches besagt, dass für eine Unterstellung unter das GwG grundsätzlich Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte bestehen muss (dies geht aus den Aufzählungen in Art. 2 Abs. 3 GwG hervor). Der Ordnungsgeber führt im Erläuterungsbericht aus, dass die Verfügungsmacht im Bereich von Kryptowerten nur bedingt tauglich sei, da sie auf eine Momentaufnahme beschränkt sei. Verfügungsmacht sei deshalb kein taugliches Kriterium für die Unterstellung unter das GwG. Für die Aufsichtsbehörden wäre es schwierig und nicht mehr mit verhältnismässigem Aufwand feststellbar, ob ein Geschäftsmodell unter das GwG falle.⁴⁰ So verständlich die Position des Rechtssetzers ist, ist es m.E. nicht nur unglücklich, sondern schlichtweg systemwidrig und wohl auch – wie von MY CHAU BACHELARD/MARTIN HESS vertreten⁴¹ – verfassungswidrig, vom ansonsten konsequent verwendeten Kriterium der Verfügungsmacht abzuweichen, ohne dass dafür eine Grund-

³⁴ Vgl. AS 2021 400, in Kraft seit 1. August 2021.

³⁵ Siehe zum Ganzen: FINMA, Geldwäschereiverordnung-FINMA: Erläuterungsbericht zur Totalrevision der GwV-FINMA, 11. Februar 2015, 11.

³⁶ Vgl. hierzu vorne, Ziff. II.2.2.

³⁷ EFD, Verordnung des Bundesrates zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, Erläuterungsbericht, 18. Juni 2021, 11.

³⁸ Erläuterungsbericht DLT-Verordnung (FN 37), 11; Bundesrat, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger Technologie und Blockchain in der Schweiz, Bericht, 14. Dezember 2018, 145 f.; FINMA, Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), 16. Februar 2018, 7; KGGT, Bericht National Risk Assessment (NRA): Risiko der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung durch Krypto-Assets und Crowdfunding, Oktober 2018, 17.

³⁹ Siehe zum Ganzen Erläuterungsbericht DLT-Verordnung (FN 37), 11

⁴⁰ Siehe zum Ganzen Erläuterungsbericht DLT-Verordnung (FN 37), 11.

⁴¹ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 15.

lage in einem Gesetz im formellen Sinn besteht.⁴² Würde im Erläuterungsbericht nicht explizit bestätigt, dass Non-Custody Wallet-Anbieter weiterhin nicht unter das GwG fallen, könnte ein Rechtsunterworfenener ausgehend vom Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV zum Schluss kommen, dass auch diese unter das GwG fallen. Dies ist jedoch offensichtlich nicht der Wille des Rechtssetzers. Die Erläuterungen sind m.E. dahingehend auszulegen, dass für eine Erfassung durch das GwG ohne Verfügungsmacht ein hohes Mass an Kontrolle über den Übertragungsvorgang vorliegen muss, welches einer Verfügungsmacht gleichkommt.⁴³ Es benötigt m.a.W. ein aktives Zutun des Dienstleisters, um eine Transaktion mit virtuellen Währungen abzuwickeln. Das bloss passive Zurverfügungstellen einer Infrastruktur (z.B. Software eines Non-Custody Wallet oder einer Handelsplattform) reicht für eine GwG-Unterstellung nicht aus. Diese Auslegung ergibt sich m.E. aus dem im Erläuterungsbericht erwähnten Beispiel, in dem ein Dienstleister mittels Smart Contract, den dieser kontrolliert, eine Übertragung der virtuellen Währung erst ermöglicht.

3.4. Ausnahme bei Erbringung der Dienstleistung ausschliesslich gegenüber angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären

Nicht unter das GwG fällt, wer die in Art. 4 Abs. 1 lit. b GwV erwähnten Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber «angemessen beaufsichtigten Finanzintermediären» erbringt. Was darunter zu verstehen ist, wird im Bundesrecht, im Erläuterungsbericht und in der publizierten FINMA-Praxis nicht weiter ausgeführt.

M.E. ist unter einem angemessen beaufsichtigten Finanzintermediär jede Person zu verstehen, welche in der Schweiz unter das GwG fällt und sich entsprechend einer SRO angeschlossen hat (Art. 2 Abs. 3 GwG) oder über eine entsprechende Bewilligung einer Bundesbehörde verfügt (Art. 2 Abs. 2 GwG).

Ebenfalls als angemessen beaufsichtigt muss m.E. jede Person gelten, welche im Ausland in äquivalenter Weise einer Aufsicht untersteht. Wann und ob eine Aufsicht im Ausland als äquivalent gilt, kann m.E. durch das Beziehen der in der Literatur zu Art. 2 Abs. 4 lit. d GwG vorgeschlagenen Ansätze beantwortet werden. Diese Bestimmung nimmt Personen vom Geltungsbereich des GwG aus, welche ihre Dienstleistungen ausschliesslich

gegenüber Schweizer Finanzintermediären oder gegenüber ausländischen Finanzintermediären erbringen, welche einer gleichwertigen Aufsicht unterstellt sind. Die FINMA führt keine Liste von Ländern, deren Geldwäschereidispositive mit demjenigen der Schweiz als gleichwertig erachtet werden können. Die Gleichwertigkeit ist gemäss FINMA im Einzelfall durch den jeweiligen Schweizer Dienstleister zu beurteilen. Als Anhaltspunkte sollen die Länderberichte der GAFI dienen.⁴⁴ Da die Geldwäscherichtlinie der Europäischen Union tendenziell strengere Vorschriften enthält als das schweizerische GwG, kann gemäss SIMON SCHÄREN bei Personen mit Sitz in einem EU- oder EWR-Staat, welche die in ihrem jeweils zuständigen Land geltenden Vorschriften umgesetzt haben (d.h. in diesem Fall über die nötige Bewilligung verfügen), davon ausgegangen werden, dass diese äquivalent beaufsichtigt werden. Andere Jurisdiktionen sollen seines Erachtens als genügend erachtet werden, sofern sie von der GAFI nicht als «high risk and non-cooperative country» bezeichnet werden oder andere wesentliche Defizite bei der Umsetzung internationaler Standards vorliegen.⁴⁵ Dieser Ansicht ist m.E. zuzustimmen, wobei die Liste der EU der «Drittländer mit hohem Risiko» zusätzliche Anhaltspunkte bezüglich der Äquivalenz des Aufsichtsdispositiv eines Landes geben kann.⁴⁶

3.5. Sonderbestimmungen zur Identifizierung der Vertragspartei

Der Finanzintermediär muss die Vertragspartei identifizieren, wenn eine Transaktion mit einer virtuellen Währung oder mehrere solche Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, den Betrag von CHF 1000.00 erreichen oder übersteigen, sofern diese Transaktionen keine Geld- und Wertübertragungen darstellen und mit diesen Geschäften keine dauernde Geschäftsbeziehung verbunden ist.⁴⁷ Ein Finanzintermediär kann auf die Identifizierung der Vertragspartei verzichten, wenn er für dieselbe Vertragspartei weitere Geschäfte im vorgenannten Sinne sowie nach Art. 52 GwV-FINMA ausgeführt und sich versichert hat, dass die Vertragspartei diejenige Person ist, die bereits bei der ersten Transaktion identifiziert wurde.⁴⁸

⁴² Art. 2 Abs. 3 GwG setzt m.E. Verfügungsmacht des Finanzintermediärs voraus. Bereits im Zusammenhang mit vereinzelt anderen GwG-unterstellten Tätigkeiten war eine Tendenz zum Abweichen vom ansonsten konsequent verwendeten Kriterium der Verfügungsmacht feststellbar, was zu einer stetigen Ausweitung des Geltungsbereichs des GwG und zu Rechtsunsicherheit führen kann. Vgl. diesbezüglich ausführlich NAGEL, Aufbewahren (FN 16), *passim* sowie insbesondere 122.

⁴³ In diesem Sinne auch BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 16.

⁴⁴ Zum Ganzen: FINMA, FAQ Unterstellung von Finanzintermediären gemäss GwG und VBF, zuletzt geändert am 17. April 2012, Ziff. 13.

⁴⁵ SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2 N 206.

⁴⁶ Vgl. hierzu bereits NAGEL THOMAS, 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, N 311 (=SSFM 132).

⁴⁷ Art. 51a Abs. 1 GwV-FINMA.

⁴⁸ Art. 51a Abs. 2 GwV-FINMA.

4. Tätigkeit 3: Ausgabe von Zahlungsmitteln gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV

4.1. Allgemeines

Eine finanzintermediäre Tätigkeit nimmt auch derjenige vor, der im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV nicht in Bargeld bestehende Zahlungsmittel ausgibt, wenn seine Vertragspartei damit Zahlungen an Dritte leistet.

4.2. Ausgabe von Zahlungsmitteln

Der Begriff des Zahlungsmittels ist nicht im GwG bzw. in den ergänzenden Verordnungen definiert. Art. 4 Abs. 1^{bis} GwV enthält jedoch eine nicht abschliessende Aufzählung: Kreditkarten, Reisechecks sowie virtuelle Währungen.⁴⁹ Als Zahlungsmittel gelten nach FINMA-Praxis «alle Zahlungsmittel, deren Wert im Moment der Emission feststeht».⁵⁰ Der Begriff des Zahlungsmittels ist weit auszulegen.⁵¹ Eine Erfassung durch das GwG erfolgt gemäss FINMA-Praxis nur, falls der Herausgeber eines Zahlungsmittels nicht mit den Benutzern des Zahlungsmittels identisch ist, d.h. sofern die Ausgabestelle nicht gleichzeitig Partei des zugrunde liegenden Geschäfts ist, in welchem eine Zahlung abgewickelt wird. M.a.W. sind keine Zweiparteienverhältnisse erfasst.⁵² Dies führt dazu, dass bestimmte Prepaidkarten, welche nicht mit einem Bankkonto verknüpft sind (bspw. Warenhauskarten oder Gutscheine), nicht durch das GwG erfasst werden.⁵³ Herausgeber von Zahlungsmitteln mit drei oder mehr Parteien (z.B. Kreditkarten⁵⁴) sind hingegen i.d.R. vom GwG erfasst. Bei Zahlungsmitteln, die auf einem Vierparteien-System beruhen, untersteht gemäss Praxis der FINMA nur jene Partei dem GwG, welche den Kundenkontakt hat, da das Geldwäschereirisiko beim Kunden verortet wird.⁵⁵ Dieser Grundsatz muss m.E. analog für alle Zahlkarten und ähnliche Geschäftsmodelle gelten. Es macht Sinn, wenn ausschliesslich der Herausgeber (Issuer) einer Karte dem GwG unterstellt ist. Kann eine Karte z.B. bei einer anderen Partei als dem Issuer aufgeladen werden, so gilt diese andere Partei m.E. nicht als Finanzintermediär. Zur Absicherung könnte ein solches Modell so ausgestaltet werden, dass die Partei, welche die Aufladung ermöglicht, als Hilfsperson i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV gilt und die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt werden.⁵⁶

4.3. Verfügungsmacht

Die Ausgabe von Zahlungsmitteln i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV bringt m.E. begriffsnotwendig mit sich, dass der Dienstleister Verfügungsmacht über die Vermögenswerte seiner Kunden erhält, welche die ausgegebenen Zahlungsmittel mit ihrem Geld aufladen. Zur Verfügungsmacht kann somit auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.⁵⁷

4.4. Erleichterungen bei Einhaltung der Schwellenwerte von Art. 11 oder 12 GwV-FINMA

Art. 11 GwV-FINMA sieht Schwellenwerte für verschiedene Kategorien von Zahlungsmitteln vor, bei deren Unterschreiten auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten verzichtet werden kann. Dabei gilt es zu beachten, dass ein Verzicht auf die Einhaltung gewisser Sorgfaltspflichten zwar möglich ist, jedoch nicht von einem SRO-Anschluss und der Einhaltung der anderen Pflichten (z.B. der Meldepflicht von Art. 9 GwG) befreit.⁵⁸ In Art. 12 GwV-FINMA sind andere Schwellenwerte festgehalten, bei deren Unterschreitung u.U. vereinfachte Sorgfaltspflichten für die Herausgeber von Zahlungsmitteln zur Anwendung kommen.

Die Schwellenwerte von Art. 11 und Art. 12 GwV-FINMA fallen je nach Konstellation unterschiedlich aus und werden nach Maximalwerten pro Transaktion oder pro Monat und Jahr abgestuft. Die Einhaltung der jeweiligen Schwellenwerte muss nicht nur rechtlich (z.B. durch Ausgestaltung der Verträge), sondern auch technisch (z.B. Ausgestaltung der IT-Systeme) jederzeit gewährleistet sein, was bei der Lancierung eines Zahlungsmittels eine vorgängige sorgfältige Rechtsberatung und einen gewissen organisatorischen Aufwand mit sich bringt.

5. Tätigkeit 4: Betreiben von Zahlungssystemen gemäss FINMA-RS 2011/1

5.1. Allgemeines

Eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr liegt gemäss FINMA-Praxis weiter vor, wenn der Finanzintermediär i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV nicht in Bargeld bestehende Zahlungsmittel verwaltet und seine Vertragspartei damit Zahlungen an Dritte leistet. Diese Tätigkeit wird als Betreiben eines Zahlungssystems umschrieben.⁵⁹

Die Subsumtion des Betriebens eines Zahlungssystems unter Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG erfolgt aufgrund der im

⁴⁹ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 31.

⁵⁰ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 64.

⁵¹ KGGT, Bericht Krypto und Crowdfunding (FN 38), 16.

⁵² Zum Ganzen: FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 64.

⁵³ GAFL, Länderbericht Schweiz 2016, 38.

⁵⁴ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 36.

⁵⁵ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 lit. b N 47; FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 67.

⁵⁶ Vgl. hierzu hinten, Ziff. III.2.

⁵⁷ Vgl. hierzu vorne, Ziff. II.2.2.

⁵⁸ BSK GwG-MÜLLER/NAGEL, Art. 7a N 37; a.M. (kein Verzicht, sondern lediglich eine Vereinfachung der Sorgfaltspflichten sei möglich): FINMA, Geldwäschereiverordnung-FINMA, Erläuterungsbericht, 8. Juni 2010, 41; SHK GwG-JUTZI (FN 10), Art. 7a N 27.

⁵⁹ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 65.

FINMA-RS 2011/1 festgehaltenen FINMA-Praxis.⁶⁰ In der GwV-FINMA werden Zahlungssysteme nicht aufgeführt. Im GwG selbst werden Zahlungssysteme zwar in Art. 2 Abs. 2 lit. d^{ter} GwG genannt, allerdings im Zusammenhang mit Zahlungssystemen gemäss FinfraG,⁶¹ welche nicht unter Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG fallen. In Art. 4 Abs. 2 lit. b GwV wird der Begriff des Zahlungssystems verwendet, allerdings zur Definition des Geld- und Wertübertragungsgeschäfts und nicht als eigenständige Kategorie einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr.

Dies führt zur Frage, ob es überhaupt Zahlungssysteme gibt, welche unter das GwG fallen, jedoch nicht unter das FinfraG. M.a.W. ist unklar, ob der Begriff des Zahlungssystems gemäss FINMA-RS 2011/1 breiter ist als derjenige gemäss FinfraG oder ob alle Zahlungssysteme unter das FinfraG fallen und entsprechend bereits durch Art. 2 Abs. 2 lit. d^{ter} GwG erfasst sind. Diese Frage wurde durch das Bundesgericht bzw. das Bundesverwaltungsgericht beurteilt. Die Gerichte haben erwogen, 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 des Zahlungssystems nicht auf diejenigen Anbieter beschränkt, welche eine Bewilligung der FINMA nach FinfraG benötigen.⁶² Auch wenn diese Auslegung der Gerichte grundsätzlich korrekt ist,⁶³ so ist m.E. doch fraglich, ob das FINMA-RS 2011/1 als alleinige Grundlage für eine GwG-Unterstellung dem Legalitätsprinzip gerecht wird.⁶⁴ Sobald Rundschreiben nämlich rechtssetzende Bestimmungen beinhalten und/oder Grundrechte einschränken, ist dies bei fehlender Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn verfassungsrechtlich unzulässig, da Rundschreiben als Verwaltungsverordnungen qualifiziert werden und als solche nur die rechtsanwendenden Behörden, nicht jedoch Private binden.⁶⁵ Dieser Grundsatz ist gar in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz⁶⁶ festgeschrieben: Demzufolge kann die FINMA zwar mittels Rundschreiben Transparenz über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung in ihrer Aufsichtstätigkeit

schaffen, Rundschreiben dürfen jedoch ausschliesslich der Rechtsanwendung dienen und keine rechtsetzenden Bestimmungen enthalten (Art. 7 FINMAG). Spätestens mit Einführung dieser Regelung per 1. Februar 2020 ist somit die Unterstellung von Betreibern von Zahlungssystemen unter Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG allein gestützt auf das FINMA-Rundschreiben aus rechtsstaatlicher Perspektive unzulässig. Es sollte eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen werden, um Betreiber von Zahlungssystemen zu erfassen. Es würde sich ausserdem anbieten, in Art. 4 Abs. 1 GwV einen zusätzlichen Litera einzufügen bzw. lit. c zu ergänzen und auf Stufe des FINMA-RS 2011/1 den Begriff des Zahlungssystems nur noch zu konkretisieren.

5.2. Betreiben eines Zahlungssystems

Gemäss der Praxis der FINMA gelten alle Systeme, die den Zugriff auf ein mittels Datenspeicherung verfügbares Guthaben oder das Speichern einer Schuld ermöglichen, welche anschliessend vom Betreiber des Zahlungssystems in Rechnung gestellt wird, als Zahlungssysteme.⁶⁷ Wer ein solches Zahlungssystem betreibt, wird von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG erfasst. Als Betreiber gilt m.E. die Person, welche die Infrastruktur des Zahlungssystems zur Verfügung stellt und in dieser Eigenschaft die Speicherung der Vermögenswerte für die Kunden vornimmt und diesen damit Zahlungen an Dritte bzw. die spätere Abrechnung bzw. Rechnungsstellung ermöglicht. Das Kriterium der Möglichkeit Zahlungen an Dritte zu leisten ist erfüllt, wenn die Benutzer (z.B. Käufer und Verkäufer) nicht mit dem Betreiber des Zahlungssystems identisch sind.

In einem Urteil des Bundesgerichts wurde das folgende Geschäftsmodell eines Mobilfunkanbieters als Betreiben eines Zahlungssystems qualifiziert: Der Mobilfunkanbieter bat die Möglichkeit an, ein Nachzuschlags-Ticket für den öffentlichen Verkehr per SMS zu kaufen, wobei anschliessend der Preis für den Nachzuschlag der Mobiltelefonrechnung des Kunden belastet wurde.⁶⁸

5.3. Verfügungsmacht

Das Betreiben eines Zahlungssystems i.S.d. FINMA-RS 2011/1 bringt m.E. begriffsnotwendig mit sich, dass der Dienstleister Verfügungsmacht über die Vermögenswerte seiner Kunden erhält, welche das Zahlungssystem nutzen, um über dieses ihre Vermögenswerte an Dritte weiterzuleiten. Da ein Zahlungssystem ermöglicht, ein Guthaben zu speichern, erhält der Betreiber des Zahlungssystems Verfügungsmacht über Vermögenswerte

⁶⁰ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 63 ff.

⁶¹ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (Stand am 1. Januar 2023), SR 958.1.

⁶² Urteil des BVerG 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.

⁶³ NAGEL THOMAS, Per SMS Geld waschen? Mehrwertdienste und Geldwäschereigesetz, in: Jusletter 17. August 2020, N 26.

⁶⁴ Damals ebenfalls kritisch, jedoch nicht explizit auf das Erfordernis des Legalitätsprinzips eingehend: NAGEL, Jusletter (FN 63), N 20, 24 und 26.

⁶⁵ KUNZ PETER, Finanzmarktregulierung, Basel 2016, N 231; DERS., FINMA-Regulierung(en): Macht des Faktischen versus Rechtsstaatlichkeit, in: Jusletter 7. Mai 2018, N 83.

⁶⁶ Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 13. Dezember 2019 (Stand am 1. Februar 2020), SR 956.11.

⁶⁷ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 65.

⁶⁸ Urteil des BVerG B-6225/2016 vom 17. April 2018 sowie Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020.

Dritter. Zur Verfügungsmacht kann somit auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.⁶⁹

6. Tätigkeit 5: Geld- oder Wertübertragungsgeschäfte gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV

6.1. Allgemeines

Als Finanzintermediär gilt, wer das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft durchführt (Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV). Als Geld- oder Wertübertragungsgeschäft gilt gemäss der Definition von Art. 4 Abs. 2 GwV der Transfer von Vermögenswerten durch Entgegennahme von Bargeld, Edelmetallen, virtuellen Währungen,⁷⁰ Schecks oder sonstigen Zahlungsmitteln und (i) Auszahlung einer entsprechenden Summe in Bargeld, Edelmetallen oder virtuellen Währungen; oder (ii) bargeldlose Übertragung oder Überweisung über ein Zahlungs- oder Abrechnungssystem. Nicht erfasst wird der rein physische Transport von Vermögenswerten von einem Ort zum anderen (Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 GwV).

Unter den Begriff des Geld- und Wertübertragungsgeschäftes fallen verschiedene Tätigkeiten, welche teilweise Verbindungen zu bestimmten Regionen und Kulturkreisen aufweisen (z.B. Hawala). Auch weltweit tätige Anbieter wie z.B. Western Union oder Moneygram fallen unter die Tätigkeit gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV.

6.2. Entgegennahme von Zahlungsmitteln, Verfügungsmacht

Die GwV umschreibt, dass ein Transfer von Vermögenswerten stattfinden muss. Der Begriff des Zahlungsmittels richtet sich nach den vorne umschriebenen Grundsätzen und ist weit zu verstehen.⁷¹

Mit der Entgegennahme geht zwingend einher, dass der Finanzintermediär Verfügungsmacht über Vermögenswerte erhält. Diesbezüglich kann somit auf die Ausführungen vorne verwiesen werden.⁷²

6.3. Transfer und Auszahlung, Übertragung oder Überweisung an eine Drittperson

Der Transfer der Vermögenswerte wird gemäss Definition abgeschlossen, indem entweder (i) eine Auszahlung einer entsprechenden Summe in Bargeld, Edelmetallen oder virtuellen Währungen oder (ii) eine bargeldlose Übertragung oder Überweisung über ein Zahlungs- oder Abrechnungssystem erfolgt.

Der Tatbestand des Geld- und Wertübertragungsgeschäfts setzt mindestens ein Dreiparteienverhältnis voraus. So wird etwa der reine Geldwechsel, sofern auch tatsächlich ein blosses Zweiparteienverhältnis vorliegt, nicht durch Art. 4 Abs. 1 lit. d GwV erfasst,⁷³ sondern fällt unter Art. 5 Abs. 1 lit. a GwV, sofern keine akzessorische Tätigkeit vorliegt (Art. 5 Abs. 3 GwV).⁷⁴

6.4. Grenzüberschreitende Übertragung und fehlende dauernde Geschäftsbeziehung als zusätzliche Elemente?

Art. 2 lit. c GwV-FINMA enthält ebenfalls eine Definition des Geld- und Wertübertragungsgeschäfts. Diese enthält die gleichen Elemente wie die Definition in Art. 4 Abs. 2 GwV, erweitert diese jedoch um zwei Elemente: Erstens muss die Entgegennahme der Vermögenswerte in der Schweiz und die Auszahlung im Ausland oder umgekehrt erfolgen. M.a.W. muss die Übertragung grenzüberschreitend sein, um von der Definition von Art. 2 lit. c GwV-FINMA erfasst zu sein. Zweitens erfordert Art. 2 lit. c GwV-FINMA, dass keine dauernde Geschäftsbeziehung vorliegen darf, damit eine Erfassung als Geld- oder Wertübertragungsgeschäft in Frage kommt. Dies bedeutet im Umkehrschluss zu Art. 2 lit. d GwV-FINMA, dass keine Kundenbeziehung vorliegen darf, die bei einem schweizerischen Finanzintermediär gebucht oder überwiegend von der Schweiz aus betreut wird und sich in der Vornahme einmaliger unterstellungspflichtiger Tätigkeiten erschöpft.

Diese unterschiedlichen Definitionen muten befremdlich an. War es tatsächlich der Wille der Rechtssetzer,⁷⁵ abweichende Definitionen für das Geld- oder Wertübertragungsgeschäft in der GwV sowie der GwV-FINMA aufzustellen, oder handelt es sich dabei um ein Versehen?

Die Empfehlungen der FATF setzen für das Vorliegen eines «Money or value transfer service» (MVTs) nicht voraus, dass eine grenzüberschreitende Übertragung erfolgt oder keine dauernde Geschäftsbeziehung bestehen darf.⁷⁶ Es wäre jedoch dennoch möglich, dass der Schweizer

⁶⁹ Vgl. hierzu vorne, Ziff. II.2.2.

⁷⁰ Die virtuellen Währungen fanden durch die Anpassungen des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register Eingang in die Definition des Geld- und Wertübertragungsgeschäfts gemäss GwV-FINMA: Vgl. Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2015 (FN 35), 11. Im Rahmen der Einführung der FINIV-FINMA (Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung-FINMA, FINIV-FINMA) vom 4. November 2020 (Stand am 1. Januar 2021), SR 954.111) wurden besondere, verschärfte Sorgfaltspflichten in Art. 51a GwV-FINMA geschaffen, welche für Geld- und Wertübertragungsgeschäfte mit virtuellen Währungen gelten.

⁷¹ Vgl. hierzu vorne, Ziff. II.4.2.

⁷² Vgl. hierzu vorne, Ziff. II.2.2.

⁷³ BSK GwG-BACHELARD/HESS, Art. 2 Abs. 3 N 26.

⁷⁴ Zur akzessorischen Tätigkeit vgl. hinten, Ziff. III.3.

⁷⁵ Die GwV-FINMA wurde durch die FINMA erlassen, die GwV durch den Bundesrat.

⁷⁶ FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, aktualisiert im März 2022, 127.

Rechtssetzer im Sinne eines *Swiss Finish* Sonderregeln erlassen hat. Für Präzisierungen und Verschärfungen durch die Mitgliedstaaten besteht grundsätzlich ein Spielraum, sofern diese keinen Widerspruch mit den FATF-Empfehlungen darstellen und keine Lücken im Anti-Geldwäschereidispositiv hervorbringen.

Eine historische Auslegung ergibt, dass mit der Zusammenführung der drei früher geltenden GwV-FINMA 1, 2 und 3⁷⁷ per 1. Januar 2011 das Kriterium des Auslandsbezug im Rahmen der Definition des Geld- und Wertübertragungsgeschäfts eingeführt wurde. Dies wurde damit begründet, dass inländische Geld- und Wertübertragungen über ein geringeres Geldwäschereirisiko verfügten als grenzüberschreitende, weshalb es nicht gerechtfertigt sei, die höheren Sorgfaltspflichten auf inländische Transaktionen anzuwenden.⁷⁸ Im Erläuterungsbericht wird gar ausgeführt, ein inländisches Geld- und Wertübertragungsgeschäft habe ein gleich hohes Risiko wie ein inländischer, physischer Transport von Bargeld.⁷⁹ Da Letzterer ausdrücklich vom GwG ausgenommen ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 GwV), müssten inländische Geld- und Wertübertragungsgeschäfte konsequenterweise ebenfalls vom Geltungsbereich des GwG ausgenommen sein. Aus der historischen Auslegung ergibt sich indessen m.E., dass es auch inländische Geld- und Wertübertragungsgeschäfte gibt, welche unter das GwG fallen, für welche jedoch weniger strenge Regeln gelten sollen. KASPAR LANDOLT/DOMINIQUE LEA GEMPERLI vertreten ebenfalls die Ansicht, dass sämtliche Geld- oder Wertübertragungsgeschäfte (auch inländische) unter das GwG fielen. Dabei seien jedoch nur die grenzüberschreitenden Übertragungen ohne dauernde Geschäftsbeziehungen unter die strengeren Voraussetzungen von Art. 52 GwV-FINMA gestellt, während für inländische Übertragungen die gewöhnlichen Regeln für Kassageschäfte gemäss Art. 51 GwV-FINMA anwendbar seien.⁸⁰ Aus dem Erläuterungsbericht zur GwV-FINMA aus dem Jahr 2015 geht ausserdem hervor, dass durch das Einfügen des Terminus «oder auf umgekehrten Weg» nicht nur das Money Transmitting (d.h. das Übertragen von Vermögenswerten von der Schweiz ins Ausland), sondern auch das Mo-

ney Remitting (d.h. das Übertragen von Vermögenswerten vom Ausland in die Schweiz) erfasst werden sollte.⁸¹ Inwiefern Geld- und Wertübertragungsgeschäfte vom Ausführen von Zahlungsaufträgen abzugrenzen sind, wird hinten in diesem Beitrag erläutert.⁸²

6.5. Verschärfung: Berufsmässigkeit stets gegeben

Zu beachten ist, dass das Ausüben des Geld- oder Wertübertragungsgeschäfts gemäss Art. 9 GwV stets als berufsmässig gilt, es sei denn, die Tätigkeit erfolgt für eine nahestehende Person und es wird damit kein Bruttoerlös von mehr als CHF 50'000.00 pro Kalenderjahr erzielt. Dies wird damit begründet, dass die betroffenen Werte von hoher Liquidität seien, was sie für den Zweck der Geldwäscherei besonders anfällig mache.⁸³ Mit Blick darauf, dass auch beim Ausführen von Zahlungsaufträgen «liquide Finanzwerte» vorliegen müssen, ist dieses Argument m.E. verfehlt. Geld- und Wertübertragungsgeschäften ist eher darum ein hohes Geldwäschereirisiko immanent, da i.d.R. keine dauernde Geschäftsbeziehung vorliegt und viele Anbieter in diesem Bereich grenzüberschreitend tätig sind.⁸⁴

6.6. Verschärfung: Hilfspersonen-Ausnahme nur für einen Vertragspartner möglich

Beim Geld- oder Wertübertragungsgeschäft darf eine Hilfsperson nur für einen einzigen bewilligten oder einer SRO angeschlossenen Finanzintermediär tätig sein (Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 GwV), während eine Hilfsperson bei allen anderen Finanzintermediären für mehrere Finanzintermediäre handeln darf.⁸⁵ Dies stellt m.E. eine schwerwiegende Einschränkung dar.

Unklar ist m.E., ob eine Person, welche als Hilfsperson für einen Finanzintermediär tätig ist, der Geld- und Wertübertragungsgeschäfte anbietet, zusätzlich für Finanzintermediäre aus anderen dem GwG unterstehenden Geschäftsbereichen fungieren darf. Meines Wissens gibt es dazu keine Behördenpraxis. Bei entsprechenden Vorhaben ist Vorsicht geboten; ggfs. wäre eine Nicht-Unterstellungsanfrage an die FINMA zu stellen. M.E. ist aufgrund des risikobasierten Ansatzes nicht ersichtlich, warum dies nicht erlaubt sein sollte. Eine Erhöhung des Geldwäschereirisikos ergibt sich nicht allein aus einer Hilfspersonenfunktion für einen weiteren Finanzintermediär, der kein Geld- und Wertübertragungsgeschäft anbietet.

⁷⁷ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Banken-, Effektenhändler- und Kollektivanlagenbereich (Geldwäschereiverordnung-FINMA 1, GwV-FINMA 1) vom 18. Dezember 2002 (Stand am 1. Januar 2009), SR 955.022; Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 24. Oktober 2006 über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Privatversicherungsbereich (Geldwäschereiverordnung-FINMA 2, GwV-FINMA 2) vom 24. Oktober 2006 (Stand am 1. Januar 2009), SR 955.032; Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im übrigen Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA 3, GwV-FINMA 3) vom 6. November 2008 (Stand am 1. Januar 2009), SR 955.033.0.

⁷⁸ FINMA, Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2010 (FN 58), 25.

⁷⁹ FINMA, Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2010 (FN 58), 25.

⁸⁰ Siehe zum Ganzen: BSK GwG-LANDOLT/GEMPERLI, Art. 3 N 97.

⁸¹ Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2015 (FN 35), 12.

⁸² Vgl. dazu hinten, Ziff. IV.2.2.

⁸³ Unterstellungskommentar (FN 14), N 173; SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2, N 111.

⁸⁴ Vgl. zur Abgrenzung der Begriffe «liquide Finanzwerte» und «Zahlungsmittel» hinten, Ziff. IV.2.2.

⁸⁵ Vgl. FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 26 f.

6.7. Verschärfung: Strengere Pflichten gemäss GwV-FINMA

Die GwV-FINMA sieht für Geld- und Wertübertragungsgeschäfte durch Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG⁸⁶ diverse Verschärfungen vor:

- Bei Geld- und Wertübertragungen von der Schweiz ins Ausland (Money Transmitting) ist in jedem Fall die Vertragspartei zu identifizieren.⁸⁷
- Bei Geld- und Wertübertragungen vom Ausland in die Schweiz (Money Remitting) ist der Zahlungsempfänger zu identifizieren, wenn eine oder mehrere Transaktionen, die miteinander verbunden erscheinen, den Betrag von CHF 1000.00 übersteigen. Liegen Verdachtsmomente für mögliche Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung vor, so ist der Empfänger der Geld- und Wertübertragung in jedem Fall zu identifizieren.⁸⁸
- Die Feststellung des Kontrollinhabers unterliegt strengeren Voraussetzungen, sofern ein Geld- und Wertübertragungsgeschäft von der Schweiz ins Ausland (Money Transmitting) vorliegt. Die Pflichten sind in solchen Fällen unabhängig vom Erreichen der üblicherweise für Kassageschäfte geltenden Schwellenwerte zu erfüllen.⁸⁹
- Bei Geld- und Wertübertragungen von der Schweiz ins Ausland (Money Transmitting) ist die Erklärung über die an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechnete Person auf jeden Fall einzuholen.⁹⁰

Die Reglemente diverser SRO replizieren ähnliche Verschärfungen für Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG.⁹¹

7. Raum für Subsumtion weiterer Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr?

Da (wie vorne erläutert wurde⁹²) alle Aufzählungen von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr im GwG, in der GwV und in der GwV-FINMA nicht abschliessend sind, stellt sich die Frage, ob weitere Dienstleistungen unter Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG subsumiert werden können. M.a.W. ist offen, ob weitere Dienstleistungen im Bereich des Zahlungsverkehrs denkbar sind, welche vom GwG erfasst werden können. Dies ist m.E. zu verneinen, da dies nicht mehr mit dem Legalitätsprinzip vereinbar

wäre.⁹³ Sofern eine Dienstleistung im Bereich des Zahlungsverkehrs vom GwG erfasst sein soll, muss sie unter eine der in Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG i.V.m. den einschlägigen Bestimmungen auf Verordnungsebene (insbesondere Art. 4 GwV) subsumiert werden können. Sollten künftig neue Dienstleistungen am Markt auftauchen, für welche dies nicht möglich ist, wäre eine neue Bestimmung auf Gesetzes- oder Verordnungsebene zu schaffen, sofern solche Dienstleistungen ein Geldwäschereirisiko aufweisen. In der Vergangenheit hat sich erwiesen, dass sich die meisten neuen Technologien unter das bestehende Regelwerk subsumieren lassen, ohne dass eine Änderung der Rechtsgrundlagen erforderlich ist (z.B. Crowdfunding⁹⁴). Im Bereich der virtuellen Währungen hat sich gezeigt, dass punktuelle Präzisierungen oder Sonderregeln Sinn machen können, um Rechtssicherheit zu schaffen.⁹⁵

III. Ausgewählte, für Zahlungsdienstleistungen relevante Ausnahmen

1. Inkasso

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV sind Personen, die eine Inkassotätigkeit ausüben, keine Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG und unterstehen somit nicht dem GwG. Die Inkassotätigkeit besteht in der Einziehung fälliger Forderungen im Auftrag des Gläubigers. Dabei tritt der Beauftragte, d.h. das Inkassounternehmen, entweder in eigenem Namen, nachdem er sich die entsprechende Forderung treuhändisch zedieren liess, oder im Namen des Gläubigers (d.h. als Bevollmächtigter) auf. Die Ausnahme vom Geltungsbereich wird damit begründet, dass der Schuldner der Forderung i.d.R. nicht Vertragspartner des Beauftragten ist, womit dessen Identifizierung nach der Konzeption des GwG ausgeschlossen ist.⁹⁶

Gemäss Praxis der FINMA kann selbst dann eine Inkassotätigkeit vorliegen, wenn der Beauftragte sowohl mit dem Gläubiger als auch dem Schuldner der Forderung Vertragsbeziehungen unterhält und somit auch der Schuldner identifiziert werden könnte. Entscheidend für das Vorliegen eines Inkassos ist, dass der Auftrag zur Überweisung resp. Weiterleitung vom Gläubiger (nicht vom Schuldner) ausgeht und von diesem entschädigt

⁸⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁸⁷ Art. 52 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁸⁸ Art. 52 Abs. 2 GwV-FINMA.

⁸⁹ Art. 56 Abs. 4 GwV-FINMA, der Art. 56 Abs. 1–3 GwV-FINMA für Geld- und Wertübertragungsgeschäfte von der Schweiz ins Ausland stets für anwendbar erklärt.

⁹⁰ Art. 62 GwV-FINMA.

⁹¹ Vgl. bspw. § 14 Abs. 2 sowie § 33 Abs. 2 lit. c Reglement der SRO Polyreg.

⁹² Vgl. vorne, Ziff. II.2.

⁹³ Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen zu weiteren Konflikten mit dem Legalitätsprinzip vorne, Ziff. II.5.1 II.3.3 sowie dort FN 42.

⁹⁴ Vgl. NAGEL, Geltungsbereich (FN 46), N 605 ff. m.w.H. auf Behördenpraxis und Literatur.

⁹⁵ Als Beispiel zu nennen wäre die Einführung der Handelssysteme für DLT-Effekten nach Art. 73a FinfraG, welche durch Art. 2 Abs. 2 lit. d^{quater} GwG erfasst werden.

⁹⁶ Vgl. zum Ganzen: Urteil des BGER 2A.62/2007 vom 30. November 2007, E. 8; FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 8 und 59; SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2 N 150.

wird.⁹⁷ Gemäss Rechtsprechung spricht die Tatsache, dass ein Schuldner selbst entscheiden kann, auf welche Weise er die Schuld gegenüber dem Gläubiger begleichen möchte (d.h. ob er dafür die Dienstleistung des Finanzintermediärs beansprucht oder nicht), gegen das Vorliegen eines Inkassos und für das Vorliegen einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr.⁹⁸

Eine Inkassotätigkeit kann auch vorliegen, wenn der Beauftragte innerhalb eines geschlossenen Kreises von Waren- bzw. Dienstleistungsbezüglern agiert und nicht als selbständig zwischengeschaltete Person angesehen werden kann. Der Zweck des Beauftragten ist in solchen Fällen der gute Ablauf und die Vereinfachung der Bezahlung an den Warenlieferanten bzw. den Dienstleistungsanbieter.⁹⁹ Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann, wenn die Beteiligten eines solchen Kreises keine Zahlungen vornehmen, sondern gegenseitige Forderungen verrechnen, wobei der zwischengeschaltete Intermediär diese Verrechnung koordiniert und abwickelt.¹⁰⁰

Werden hingegen im Rahmen eines Inkassos entgegengenommene Werte nach Anweisung des Gläubigers an einen Dritten weitergeleitet, stellt das wiederum eine finanzintermediäre Tätigkeit dar.¹⁰¹ In solchen Fällen dürfte es sich m.E. um das Ausführen eines Zahlungsauftrages oder um ein Geld- und Wertübertragungsgeschäft handeln.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt auch dann ein Inkasso vor, wenn ein Abrechnungssystem spezialgesetzlich (in casu: im FMG¹⁰²) vorgesehen ist¹⁰³ und dieses System gewisse Ähnlichkeiten mit einem Inkasso aufweist. Ausschlaggebend sind in solchen Fällen stets die soeben aufgeführten Kriterien gemäss FINMA-RS 2011/1.

In Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG wird u.a. Factoring als unterstellungspflichtige Form der Kreditgewährung dem GwG unterstellt. Gemäss FINMA-RS 2011/1 lässt sich beim Factoring der Factor Forderungen eines Gläubigers aus dessen Geschäftsbetrieb entgeltlich zedieren. Die fällige Forderung wird durch den Factor beim Schuldner eingezogen. Es findet ein Gläubigerwechsel statt, weshalb der Mittelrückfluss an den Gläubiger nicht durch die vorfinanzierte Partei, sondern durch eine Drittpartei (den Schuldner bzw. den debitor cessus) geleistet wird.¹⁰⁴

Wird ein Factoring ausgeübt, ohne dass ein vorfinanzierendes Element vorliegt (d.h. kein Kredit gewährt wird), handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung um ein sog. «Basisfactoring», das als Inkasso gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV gilt und nicht dem GwG unterstellt ist.¹⁰⁵ Entsprechend ist nur ein «Factoring im engeren Sinn» dem GwG unterstellt. Das sog. Reverse Factoring (auch Kreditorenfactoring genannt) beinhaltet ebenfalls ein vorfinanzierendes Element: Ein Reverse Factoring liegt vor, wenn ein Factor für einen Schuldner eine fällige Schuld beim Gläubiger begleicht und diese erst zu einem späteren Zeitpunkt durch den Schuldner an den Factor bezahlt wird. Aufgrund des Aufschubs der Zahlung durch den Schuldner enthält Reverse Factoring ein Kreditelement, womit die Dienstleistung des Factors unter Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG fällt.

2. Hilfspersonen-Ausnahme

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV gelten Hilfspersonen von Finanzintermediären, die für ihre Tätigkeit eine Bewilligung in der Schweiz haben oder die einer SRO angeschlossen sind, nicht als Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG, sofern die Kriterien nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. 1-6 GwV erfüllt sind.

Für den Begriff der Hilfsperson kann auf Art. 101 OR abgestellt werden, womit ausschlaggebend ist, dass diese Person wissentlich und willentlich durch den Finanzintermediär beigezogen wurde.¹⁰⁶ Werden Hilfspersonen beauftragt, bleibt der Finanzintermediär für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten¹⁰⁷ und m.E. auch für die Pflichten bei Geldwäschereiverdacht gemäss GwG verantwortlich.¹⁰⁸

Bei Tätigkeiten, welche eigentlich als Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr zu qualifizieren sind, erweist sich die Hilfspersonen-Ausnahme in der Praxis regelmässig als gangbarer Weg, um keinen Anschluss an eine SRO beantragen zu müssen. Es ist jedoch eine saubere vertragliche Regelung notwendig, welche alle Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV überzeugend und sinnvoll umsetzt. Ein solcher Vertrag muss abgeschlossen werden, bevor eine Tätigkeit aufgenommen wird, welche als berufsmässige Finanzintermediation zu qualifizieren ist.

⁹⁷ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 9. SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2 N 152.

⁹⁸ Urteil des BVer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 6.1.3.

⁹⁹ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 10.

¹⁰⁰ Urteil des BGer 2A.62/2007 vom 30. November 2007, E. 9.

¹⁰¹ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 59.

¹⁰² Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 (Stand am 1. Juli 2021), SR 784.10.

¹⁰³ Urteil des BVer B-6225/2016 vom 17. April 2018, E. 5.1 und 6.1.1, bestätigt in Urteil des BGer 2C_488/2018 vom 12. März 2020, wobei sich das BGer nicht mehr zu dieser spezifischen Frage äussert.

¹⁰⁴ Zum Ganzen: FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 56.

¹⁰⁵ Urteil des BGer 2A.62/2007 vom 30. November 2007, E. 9.

¹⁰⁶ BSK GwG-GRETER, Art. 2 Abs. 3 N 22 und 24; vgl. im Allgemeinen zu Art. 101: BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 101 N 7 m.w.H.

¹⁰⁷ FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 25.

¹⁰⁸ Ausgehend vom Wortlaut der in FN 107 genannten Bestimmung aus dem FINMA-RS 2011/1 liesse sich schlussfolgern, dass der delegierende Finanzintermediär ausschliesslich für die Sorgfaltspflichten (Art. 3-8 GwG) verantwortlich bleibt, für die Pflichten bei Geldwäschereiverdacht (Art. 9-11 GwG) jedoch nicht. Eine solche Auslegung ist jedoch m.E. nicht im Sinne des Gesetzgebers.

3. Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung

Personen, welche die Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung zu einer Hauptleistung erbringen, sind gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 GwV nicht als Finanzintermediäre dem GwG unterstellt.

Ob eine akzessorische Nebenleistung vorliegt, ist gemäss Praxis der FINMA im Einzelfall anhand von Indizien zu entscheiden. Für die Qualifizierung der Übertragung von Vermögenswerten als akzessorische Nebenleistung sprechen kumulativ folgende Anhaltspunkte:

- Es handelt sich grundsätzlich um eine Nebenleistung, die in ein Vertragsverhältnis eingebunden ist, das nicht dem Finanzsektor zuzurechnen ist.
- Die Vertragspartei, welche die Hauptleistung erbringt, erbringt auch die Nebenleistung.
- Diese Nebenleistung ist im Verhältnis zur Hauptleistung von untergeordneter Bedeutung. Davon kann grundsätzlich ausgegangen werden, wenn abgesehen von den kostendeckenden Auslagen keine zusätzliche Vergütung für die Nebenleistung verlangt wird.
- Die Nebenleistung steht mit der Hauptleistung in einem engen sachlichen Zusammenhang. Dies bedeutet, dass die Erbringung der Hauptleistung ohne die Erbringung der finanzintermediären Nebenleistung besondere Schwierigkeiten für die Vertragsparteien zur Folge hätte.

Die Voraussetzungen für eine Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 GwV sind in der Praxis selten kumulativ gegeben. Der Anwendungsbereich ist dementsprechend eng.

IV. Abgrenzungen und Praxisfragen

1. Vorbemerkung: Sinn und Zweck/risikobasierter Ansatz

Gemäss Rechtsprechung¹⁰⁹ und Lehre¹¹⁰ ist bei der Frage einer Unterstellung unter das GwG neben dem Wortlaut dem Sinn und Zweck der Norm ein erhöhtes Gewicht beizumessen. Dies bedeutet, dass im Sinne des Grundgedankens des GwG nur diejenigen Tätigkeiten unterstellt sein sollten, denen auch ein entsprechendes Geldwäscherisiko immanent ist. Die durch das Bundesgericht gestützte FINMA-Praxis zeigt jedoch, dass bei Vorliegen

der Voraussetzungen gemäss den Rechtsgrundlagen und fehlender Ausnahmebestimmungen dem Argument der fehlenden Geldwäschereigefahr nicht immer die Bedeutung beigemessen wird, welche ihm m.E. eigentlich zukommen müsste.¹¹¹ Dies ist m.E. zu bedauern, eine Änderung zeichnet sich jedoch bislang nicht ab. Als Intermediäre tätige Personen sollten deshalb m.E. zusätzlich zum Argument eines fehlenden Geldwäschereipotenzials weitere überzeugende Argumente präsentieren können, welche gegen die Erfassung ihres Geschäftsmodells durch das GwG sprechen. Ansonsten ist davon auszugehen, dass die von ihnen ausgeübten Tätigkeiten durch die FINMA ohne weiteres als Finanzintermediation qualifiziert werden.

2. Einzelne Abgrenzungen

2.1. Relevanz der Abgrenzung der verschiedenen Kategorien von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr voneinander

In diesem Beitrag wurden diverse Besonderheiten für die einzelnen unter Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG fallenden Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erläutert. Diese Besonderheiten zeigen auf, dass die Abgrenzung der einzelnen, als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr geltenden Tätigkeiten voneinander in der Praxis wichtig sind, da je nach Kategorie verschiedene Verschärfungen und Erleichterungen zur Anwendung gelangen können.

2.2. Geld- und Wertübertragungsgeschäft vs. Ausführen von Zahlungsaufträgen

Die Abgrenzung von Geld- und Wertübertragungsgeschäften vom Ausführen von Zahlungsaufträgen ist komplex. Der Rechtssetzer verwendet in den Definitionen verschiedene Begriffe:

Beim Ausführen von Zahlungsaufträgen werden «liquide Vermögenswerte» vorausgesetzt, während bei Geld- und Wertübertragungsgeschäften «Zahlungsmittel» vorliegen müssen. Wie sich diese beiden Definitionen unterscheiden, ist nicht ersichtlich.

Beim Ausführen von Zahlungsaufträgen werden durch den Finanzintermediär im Auftrag seiner Vertragspartei liquide Finanzwerte an eine Drittperson überwiesen und dabei diese Werte physisch in Besitz genommen, auf einem eigenen Konto gutgeschrieben oder eine Überweisung der Werte im Namen und Auftrag der Vertrags-

¹⁰⁹ Urteil des BVerfG B-1576/2019 vom 29. November 2021, E. 9.7.2; Urteil des BVerfG 2A.62/2007 vom 30. November 2007, E. 8.

¹¹⁰ KEOVG II-DE CAPITANI (FN 16), § 8/Art. 2 GwG N 170 ff.; SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2 N 58; NAGEL, Geltungsbereich (FN 46), N 121.

¹¹¹ Vgl. Urteil des BVerfG 2C_488/2018 vom 12. März 2020; Urteil des BVerfG B-6225/2016 vom 17. April 2018; vgl. zur kaum bestehenden Geldwäschereigefahr des Geschäftsmodells, welches diesem Entscheid zugrunde liegt und der fehlenden Würdigung des risikobasierten Ansatzes durch die FINMA und die Gerichte ausführlich NAGEL, Jusletter (FN 63), N 42 ff.

partei angeordnet. Bei Geld- und Wertübertragungsgeschäften werden Vermögenswerte an eine Drittperson transferiert, überwiesen oder ausbezahlt, nachdem Zahlungsmittel entgegengenommen wurden. Anbieter von Geld- und Wertübertragungsgeschäften können gemäss Wortlaut der Verordnungen¹¹² auch elektronische Überweisungen durchführen, womit sich die Definitionen m.E. überlappen und nicht mehr sauber voneinander zu unterscheiden sind.

Zumindest von der Systematik her scheinen die Bestimmungen zum Ausführen von Zahlungsaufträgen voraussetzen, dass die Zahlung über ein etabliertes System erfolgt (z.B. auf Bankkonten): So schreibt Art. 10 Abs. 1 GwV-FINMA bspw. vor, dass die Kontonummer anzugeben ist. Auch im Erläuterungsbericht zur GwV-FINMA aus dem Jahr 2010 geht hervor, dass gemäss Auslegung der FINMA eine Geld- und Wertübertragung in Verbindung mit einer klassischen Bankkontobeziehung nicht unter eine Geld- und Wertübertragung i.S.d. GwV-FINMA falle, weshalb das Kriterium der fehlenden dauernden Geschäftsbeziehung eingeführt worden sei. Für inländische Geld- und Wertübertragungen sollen die strengeren Sorgfaltspflichten der GwV-FINMA demgegenüber nicht zur Anwendung kommen.¹¹³ Wie vorne dargestellt wurde, unterliegt das Anbieten des Geld- und Wertübertragungsgeschäftes im Vergleich zum Ausführen von Zahlungsaufträgen diversen Verschärfungen.¹¹⁴ Um ein Geld- und Wertübertragungsgeschäft annehmen zu können bedarf es m.E. im Sinne des risikobasierten Ansatzes zwingend zusätzlicher Elemente, welche ein erhöhtes Geldwäscherisiko mit sich bringen. Ob eine Geldüberweisung als Ausführen eines Zahlungsauftrags oder als Geld- und Wertübertragungsgeschäft gilt, ist aufgrund der vorgehenden Ausführungen m.E. im Einzelfall zu entscheiden. Werden zur Übertragung des Vermögens Konten bei prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediären verwendet, so liegt m.E. i.d.R. ein Ausführen eines Zahlungsauftrags vor. Werden hingegen Personen beigezogen, welche nicht einer prudentiellen Aufsicht unterstehen und welche i.d.R. ohne dauernde Geschäftsbeziehung tätig sind (z.B. Hawala, Money Transmitter und Money Remitter), so spricht dies für ein Vorliegen eines Geld- und Wertübertragungsgeschäfts. Das alleinige Vorliegen einer grenzüberschreitenden Übertragung von Vermögenswerten oder Zahlungsmitteln ist demgegenüber m.E. kein zwingendes Indiz für das Vorliegen eines Geld- und Wertübertragungsgeschäfts. Sowohl das Ausführen von Zahlungsaufträgen als auch das Geld- und Wertübertragungsgeschäft können grenzüberschreitend oder innerhalb der Schweiz ausgeübt werden.¹¹⁵

Aus der hier vertretenen Ansicht folgt, dass alle verschärfenden Bestimmungen der GwV bezüglich Geld- und Wertübertragungsgeschäften¹¹⁶ auf alle solche Geschäfte Anwendung finden, und zwar unabhängig davon, ob eine grenzüberschreitende Übertragung erfolgt.

Die Verschärfungen der GwV-FINMA für Geld- und Wertübertragungsgeschäfte, welche für Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG gelten, knüpfen demgegenüber allesamt an grenzüberschreitende Tätigkeiten an.¹¹⁷ Einzige Ausnahme bilden die Sonderregeln zu Transaktionen mit erhöhten Risiken, welche für alle Geld- und Wertübertragungsgeschäfte gelten.¹¹⁸ Für die Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG ist zu beachten, dass für diese u.U. SRO-Reglemente gelten, welche für die Definition eines Geld- und Wertübertragungsgeschäfts grenzüberschreitende Übertragungen voraussetzen.¹¹⁹

2.3. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr vs. Inkassotätigkeiten

Bei der Frage der Abgrenzung zwischen Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr und Inkassotätigkeiten zeigen sich die FINMA und die Gerichte streng. Eine Inkassoausnahme greift nur dann, wenn die Voraussetzungen allesamt gegeben sind. Für ein Inkasso muss ein Einziehen einer fälligen Forderung im Auftrag des Gläubigers vorliegen. Diese Tätigkeit ist durch den Gläubiger zu entschädigen und durch diesen zu initiieren. Der Dienstleister hat i.d.R. ausschliesslich mit dem Gläubiger der Forderung einen Vertrag, wobei es auch möglich ist, dass er mit dem Schuldner eine Vertragsbeziehung eingeht. Sobald der Schuldner eine Wahl hat, ob er die Forderung gegenüber dem vom Gläubiger beauftragten Dienstleister begleichen möchte (oder auf andere Weise), spricht dies gemäss FINMA-Praxis für das Vorliegen einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr.¹²⁰

2.4. Sammeln von Spenden und Weiterleiten an Begünstigte vs. Dienstleistung für den Zahlungsverkehr

Im Zusammenhang mit dem Sammeln von Spenden und dem Weiterleiten an Begünstigte kann ebenfalls fraglich sein, ob dies eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr ist. Sofern eine Person solche Spenden sammelt, ist sie nicht dem GwG unterstellt, solange sie die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige,

¹¹² Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b GwV und Art. 2 lit. c GwV-FINMA.

¹¹³ Siehe zum Ganzen: Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2010 (FN 58), 25.

¹¹⁴ Vgl. dazu vorne, Ziff. 6.5 ff.

¹¹⁵ LANDOLT/GEMPERLI erwähnen, die inländischen Geld- oder Wertübertragungsgeschäfte spielten in der Praxis kaum eine Rolle: BSK

GwG-LANDOLT/GEMPERLI, Art. 3 N 97.

¹¹⁶ Vgl. dazu vorne, Ziff. III.6.5 und 6.6.

¹¹⁷ Vgl. dazu vorne, Ziff. III.6.7.

¹¹⁸ Art. 73 GwV-FINMA.

¹¹⁹ Vgl. z.B. § 14 FN 1 des Reglements der SRO Polyreg.

¹²⁰ Vgl. hierzu ausführlich vorne, Ziff. III.1.

gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgt (Art. 6 Abs. 3 lit. a GwV). M.E. wäre auch ohne die vorgenannte Ausnahme fraglich, ob ein Spender, der Geld auf ein Konto eines Hilfswerks überweist, eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr beansprucht. Vielmehr gibt er m.E. jegliche Herrschaftsgewalt am Geld auf. Das Hilfswerk darf über das Geld gemäss dem Willen des Spenders frei verfügen. Es darf das Geld bspw. auch verwenden, um Angestellte zu bezahlen und Werbung zu schalten. Eine Anweisung zur Überweisung an einen Dritten (der ohnehin bei vielen Hilfswerken nur nach gewissen Merkmalen, nicht jedoch persönlich bestimmt ist) liegt m.E. nicht vor. Auch aus diesem Grund besteht beim Sammeln von Spenden kaum eine Geldwäschereigefahr. Höher ist hingegen die Gefahr einer Terrorismusfinanzierung.

2.5. Kauf vs. Dienstleistung für den Zahlungsverkehr

Durch einen Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer verpflichtet sich, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen.¹²¹

Ein Kaufvertrag lässt sich i.d.R. ohne Weiteres von einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr unterscheiden. An einem Kauf sind typischerweise zwei Parteien involviert, während das Erbringen einer Dienstleistung für den Zahlungsverkehr drei oder mehr Parteien erfordert und entsprechend unter das GwG fällt. Der Verkäufer einer Ware kann indes als Güterhändler unter das GwG fallen, sofern er zur Bezahlung mehr als CHF 100'000.00 in bar entgegennimmt.¹²²

2.6. Gutscheinkauf

Wird ein Gutschein verkauft, der nicht beim Emittenten, sondern bei einer Drittperson (d.h. einer nicht mit dem Emittenten wirtschaftlich verbundenen Person¹²³) eingelöst werden kann, so handelt es sich um die Ausgabe eines Zahlungsmittels i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. c GwV, sofern mit dem Verkauf der Gutscheine ein Erlös erzielt wird, welcher die Kriterien der Berufsmässigkeit von Art. 7 GwV erfüllt. In solchen Fällen wird der Emittent meist einen Betrag pro verkauftem Gutschein oder eine anderweitige Kommission von den Stellen erhalten, bei denen der Gutschein eingelöst werden kann. Bei der Ausgestaltung von Gutschein-Modellen im Dreiparteiensystem ist somit eine umsichtige Planung notwendig. Die Anwendung der Hilfspersonen-Ausnahme, der Inkasso-Ausnahme oder der Ausnahme für akzessorische Nebentätigkeit kann im Einzelfall u.U. möglich sein.

Sofern ein Gutschein ausgegeben wird, der lediglich beim Emittenten oder bei dessen Gruppengesellschaften eingelöst werden kann (d.h. es liegt ein Zweiparteiensystem vor), so handelt es sich demgegenüber nicht um eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr.¹²⁴ Diesfalls liegt entweder ein Kauf einer Sache oder einer Forderung bzw. ein Bezug einer Dienstleistung vor. Der Preis des Kaufs bzw. der Leistung wurde bereits geleistet. Während die zivilrechtliche Beurteilung von Gutscheinen Gegenstand einer juristischen Debatte ist, welche noch nicht höchstrichterlich entschieden wurde,¹²⁵ ist aus Sicht des GwG klar: Der Verkauf eines Gutscheins in einem Zweiparteiensystem fällt nicht unter den Begriff der Finanzintermediation.

Es bleibt noch zu beurteilen, ob der Verkauf eines Gutscheins gegen Bargeld zu einer Unterstellung als Güterhändler unter das GwG führen könnte. Dafür muss ein Verkauf eines Gutes, d.h. einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, die Gegenstand eines Fahrniskaufs oder eines Grundstückkaufs gemäss Art. 187 ff. OR oder Art. 216 ff. OR sein kann, vorliegen.¹²⁶ Forderungen und Wertrechte stellen nur Güter nach geldwäschereirechtlichem Verständnis dar, sofern sie als Wertpapier in einer Urkunde verbrieft und dadurch als bewegliche Sache zu qualifizieren sind. Dies dürfte für Gutscheine zutreffen, die wohl meist als Inhaberpapier zu qualifizieren sind.¹²⁷ Sofern ein Gutschein somit einen Wert von mehr als CHF 100'000.00 vorweist, fällt der Emittent eines Gutscheins im Zweiparteiensystem als Güterhändler unter das GwG. Da Gutscheine jedoch meist einen geringeren Betrag aufweisen, sind die Voraussetzungen für eine Erfassung als Güterhändler in der Praxis kaum je gegeben.

V. Fazit

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass im Bereich der Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr unter dem GwG diverse offene inhaltliche Fragen, Abgrenzungsprobleme und gar Konflikte mit rechtsstaatlichen Prinzipien bestehen. Dies ist m.E. stossend, da an die Zuord-

¹²¹ Art. 184 Abs. 1 OR.

¹²² Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 8a Abs. 1 GwG.

¹²³ Für die Auslegung dieses Begriffs kann m.E. die Praxis und Literatur zu Art. 3 FINIV analog beigezogen werden.

¹²⁴ Diesbezüglich ist ein Gutschein gleich zu handhaben wie eine Guthaben- oder Debitkarte: Diese fällt gemäss FINMA-Praxis unter das GwG, sofern die Organisation, welche die Karte anbietet, nicht mit den Benutzern des Zahlungssystems (z.B. Käufer und Verkäufer) identisch ist: Vgl. FINMA-RS 2011/1 (FN 10), N 65.

¹²⁵ In diesem Zusammenhang ist insbesondere umstritten, ob die Verjährungsfrist von Gutscheinen durch den Emittenten vertraglich verkürzt werden kann: Vgl. Urteil des Richteramtes Thal-Gäu TGZPR.2019.549-AGRSTB vom 28. Mai 2020; ARNOLD F. RUSCH/EVA MAISSEN, Gutscheine mit Einlösefrist, Jusletter vom 12. Dezember 2011, *passim*; GOTTINI MELANIE CATALINA, Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 2019, 165–171 (=ZSP 290).

¹²⁶ EFD, Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, 11. November 2015, 9; SHK GwG-SCHÄREN (FN 10), Art. 2 N 192.

¹²⁷ RUSCH/MAISSEN (FN 125), N 2.

nung zu einer der Kategorien von Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr diverse Verschärfungen oder Erleichterungen geknüpft sein können.

Den Rechtsunterworfenen ist im Bereich des GwG im Allgemeinen, insbesondere aber im Bereich der Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr, zu raten, vor Aufnahme entsprechender Tätigkeiten alle rechtlichen Fragen sorgfältig abklären zu lassen.

Es wäre m.E. sinnvoll, das FINMA-RS 2011/1 bei nächster Gelegenheit an die aktuellen rechtlichen Grundlagen

anzupassen, darin die Rechtsprechung zu übernehmen und dringend nötige Präzisierungen vorzunehmen. Dies würde zu mehr Rechtssicherheit führen. Diejenigen Bestimmungen auf Verordnungsstufe sowie diejenigen Aspekte der FINMA-Praxis, für die sich keine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne findet, wären m.E. zu ändern oder es wäre eine Grundlage im GwG zu schaffen.

Anzeige

Simon Schären | Thomas Jutzi

Schweizer Finanzmarkt- recht im europäischen Kontext

Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Finanzmarktregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität

Die Schweizer Finanzmarktregulierung wird seit Jahren stark durch die europäische Rechtsentwicklung geprägt. Im Fokus steht dabei die Europakompatibilität und die Sicherung des Marktzugangs. Das Werk bewertet die gängigen Strategien der Rechtsetzung und zeigt Ansätze für die Weiterentwicklung der Marktzugangspolitik auf.

2022, 79 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-442-6
CHF 42.–

www.dike.ch/4426

Simon Schären | Thomas Jutzi

Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext

Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Finanzmarktregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität

DIKE 

DIKE 